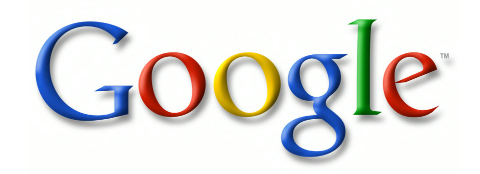


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Ger 26.3




Harvard College Library

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 22 May, 1890.

Digitized by Google

Schlosser.

Digitized by Google

Digitized by Google

# Zeitschrift

für

# deutsches Recht

und

# deutsche Rechtswissenschaft.

---

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

A. L. Reyscher und W. E. Wilda.

Fünfter Band.

Leipzig, 1841.

Verlag von Otto Wigand.

Digitized by Google

Ger 26, 3
VI. 6144

22 May, 1890.
From the Library of
PROF. E. W. GURNEY.

Gedruckt bei L. F. Fues in Tübingen.

Digitized by Google

# Inhalt

des

fünften Bandes.



Digitized by Google

Digitized by Google

# I.

# Über die Notnunft an Frauen.

Von

Jacob Grimm.

Nôti neman heißt mit Gewalt nehmen, und kann von jedem Raub verstanden werden; doch hat man die Ausdrücke nôtnumft, nôtzuht allmälich auf die an Frauen verübte Gewaltthätigkeit eingeschränkt. Agſ. nêde niman; altn. nema konu, taka konu, in altschwed. Gesetzen valdtaka. In den lat. Volksrechten ist hier rapuerit gleichbedeutend mit tulerit oder traxerit, puella quae trahitur gleichviel mit rapitur.

Nach der Vorstellung des Alterthums waren ofner Raub wie ofner Todschlag nichts Entehrendes; dem Helden folgte Ruhm und Preis, der seinen Gegner erlegt und der Waffen beraubt hatte, der Rosse als Beute wegtrieb und sich eine Braut entführte. Dieß fließt aus dem ungebändigten Fehderecht der einzelnen Männer und Geschlechter, das noch heute nicht überall erloschen ist. Von den neugriechischen Klephten oder serbischen Montenegrinern bis zu überraschenden Erscheinungen in der Sitte und Lebensart unsrer Wilddiebe und Räuberbanden herab waltet ein untilgbares Gefühl der Freiheit und Selbstrache, in welchem neben aller Rohheit Züge edler und treuer Tapferkeit zu erkennen sind. Ohne Todschlag, Gefangennahme und Frauenraub, die ein gebildetes Zeitalter verabscheut und nur für seine Kriege im Großen gestattet, wäre kein Epos denkbar. Die Sagen der Griechen, Römer, wie unsrer Vorfahren, sind erfüllt von Frauenraub. Der Entführung von Io oder Helena steht die von Hilde und Gudrun zur Seite, und im deutschen Mythus überwiegt sogar der sittliche Eindruck. Wo Abneigung und Übermut der Eltern dem Brautwerber nicht willfahrten, mußte von ihm Gewalt versucht werden und noch heutzutage gehen Mäd-

chenentführungen hervor aus solchem Anlaß. Ob die Braut einverstanden war oder gezwungen wurde, kann das Gedicht leichter rathen lassen, als das Gericht entscheiden; so viel ist offenbar, daß sich die Volksmeinung mit dem Brautraub schnell aussöhnte und ihn in althergebrachten Sitten gewissermaßen heiligte. Es würde sehr anziehend sein, aus einer Vergleichung der Hochzeitgebräuche darzuthun, wie häufig ein Scheinraub der Braut vorgenommen wird, damit sie aus der Hand der Eltern in die des Bräutigams übergehe, und bei kriegerisch gestimmten Stämmen oder Geschlechtern wird man beinahe immer auf diese Form stoßen. Merkwürdig scheint der gleich im Beginn der römischen Geschichte eingreifende Raub der sabinischen Jungfrauen lange Zeiten hindurch auf die Feste und Spiele des Volks nachzuwirken: rapi simulatur virgo, sagt Festus (288, 4. O. Müll.), ex gremio matris, aut si ea non est, ex proxima necessitudine, cum ad virum traditur, quod videlicet ea res feliciter Romulo cessit. Alle simulierten Geschäfte in Sitte und Recht pflegen sich auf ein hohes Alterthum zurückzuleiten.

Gegen diese in Poesie und Volkssitte fast unanstößige Bedeutung des Frauenraubs stechen nun grell ab die manigfachen Bestimmungen des altdeutschen Rechts über Notnunft mit einer Reihe der seltsamsten Bußen und Strafen, die noch niemand zusammengestellt, geschweige erläutert hat. Es ist freilich schwer, alles zu deuten, da in der unvollständigen Überlieferung manches verdunkelt wurde; aber ein eigenthümliches Gepräge, wodurch überhaupt das Eherecht unsrer Vorzeit sich auszeichnet, läßt sich wiederum erkennen. Das Gesetz richtet sich wider alle Gewaltthat, die nicht an Frauen eines fremden Volkstamms, sondern der Heimat verübt, wohlerworbne Rechte des Vaters und der Entführten kränkt, oft zu roher Befriedigung der Wollust.

Wie für Todschlag verordnen die alten Volksrechte auch für Notnunft Geldbußen; am Ausführlichsten die lex salica tit. 14 und mit Unterscheidungen. Wird nämlich eine freie Jungfrau aus der casa oder screona *) geraubt; so hat, abgesehn von capitale (d. h. ihrer Zurückgabe) und delatura (dem, was der Anzeiger empfängt), der Räuber $62\frac{1}{2}$ Schillinge zu zahlen, jeder von drei Haupthelfern

*) *Casa* bedeutet domus, Haus, *Screona* eine kleine Stube oder Kammer, die vorzüglich zum Aufenthalt der Frauen und Mädchen die-

30 Schillinge, von weiteren Helfershelfern über die drei hinaus jeder 5 Sch., die mit Pfeil bewafneten Begleiter jeder 3 Sch. Die Composition von 62½ Sch. ist eine der häufigsten im salischen Gesetz, und man darf dafür nicht 63 schreiben, wie Pertz Tom. 4. pag. 3. 4 gethan, pag. 5 not. d ist ihm mit Recht ein Zweifel aufgestoßen; in der Hs. der sogenannten lex emendata drückt das S hinter LXII eben die Hälfte aus, wie noch allgemein in Hss. des Mittelalters die letzte Ziffer unten durchstrichen wird, wenn ½ zu bezeichnen ist. Die gebrochne Zahl 62½ kann nicht auffallen, sobald man wahrnimmt, daß im salischen Recht ursprünglich alle Bußen in Denaren angesetzt waren, die erst nachher auf solidos zurückgeführt wurden, 62½ Sol. betragen 2500 Den. in runder Summe, wie 17½ Sol. = 700 Den. Diese 2500 Pfenninge stehn also weit unter den 8000 Pfenningen = 200 Schillingen, welche das Wergeld des freien Saliers betragen. Erwägt man indessen, daß außerdem die Helfer für ihre Theilnahme componierten, so konnte

nen mochte; sie war bald mit Schlüssel versehen, bald nicht (l. Sal. 27, 15. 16.), das Wort ist mit verändertem genus und erweiterter Bedeutung das lat. scrinium, was nur von einer Kiste, einem Schranke gilt; die lex Burgund. 29, 3 sagt: effractores omnes, qui aut domus aut scrinia exspoliant, jubemus occidi, doch lesen Andere auch hier screunias, wie es in der lex Saxon. 4, 5 und Fris. add. 1, 5 heißt: screonam effrangere. Scrinium hat langes i; auch noch im mhd. schrîn, nhd. schrein, die Franken scheinen es kurz genommen und in eo, eu gebrochen zu haben, wofür auch das französ. escren neben e crin spricht. Merkwürdig aber ist, was Bignon (ad leg. sal. p. 106) von der Sitte in Champagne anmerkt: *escrenes* etiam hodie rusticis campanis dicuntur camerae illae demersae in humum, multo insuper fimo oneratae, in quibus hieme puellae simul convenientes pervigilant ad mediam noctem. Dabei schweben ihm offenbar im Sinn die Worte des Tacitus germ. 16: solent et subterraneos specus aperire eospue multo insuper fimo onerare, suffugium hiemi et receptaculum frugibus. Diese Sitte können die Franken in's nördliche Frankreich gebracht haben. Bekannt ist, daß in Scandinavien die Jungfrauen oft in einer skemma, d. h. kleinen Kammer saßen, vom eigentlichen Hause abgesondert, und ich meine gelesen zu haben, solche Kammern seien zuweilen auch in der Erde angebaut worden; unter iardhûs kann man sich beides, Wohnung oder Keller, vorstellen.



Digitized by Google

das Ganze den Wergeldsatz erreichen, wenn es auch meistens geringer war. Die Theilnahme der Bogenschützen schlug man, scheint es, beim Hauseinbruch weniger an, als andrer, die Schwert oder Speer führen, womit in der Nähe mehr auszurichten stand? Oder waren Bogner unangesehnere Krieger? Hernach im Mittelalter galt ein Gabilot, der allerdings nicht vom Bogen entsandt, aber doch geworfen und im Köcher getragen wurde, für unritterlich, und dem Sariant, d. h. einem zu Fuß streitenden Kriegsknecht, wird Gabilot und Bogen beigelegt. Kaum dürfen Unfreie unter denen, qui cum sagittis fuerint, gedacht werden; man wollte denn annehmen, daß für jeden derselben ihr Herr die drei Schillinge zahlte. Wenn übrigens Rogge Ger.wesen S. 64 auch die Zahl derjenigen, welche fünf oder drei Sch. entrichteten, auf drei ansetzt, um dann nebst dem eigentlichen Räuber 3 + 3 + 3 = 10 ein Contubernium herauszubringen, so drücken die Worte des Gesetzes selbst §. 2 und 3 keine Dreizahl aus. Fragt sichs nun weiter, wem die 62½ samt den Compositionen der Helfer zufielen, so kann nicht gezweifelt werden, daß sie der Vater oder Vormund der Geraubten empfieng. Denn es wird besonders bestimmt, daß alsdann jene 62½ dem König gehören, folglich die Natur eines Fredums annehmen, wenn die Geraubte in seinem Schutz (in verbo) stand. War sie verlobt, so erhielt ihr Bräutigam 15 Sch., die 62½ verblieben wiederum dem Vater. Härter als der Freie wurde ein puer regis oder lidus für die gewaltsame Entführung einer Freien gestraft, er soll sein Wergeld zahlen (de vita componat), welches 100 Sch. betrug *).

Hierauf ist der älteste Text des Gesetzes beschränkt; Zusätze ordnen die schwerere Buße von 22 Schill., nämlich das ganze Wergeld des Freien für erschwerende Fälle an. Dahin gehört, daß die freie Frau oder Jungfrau auf offner Straße von einem Contubernium (einem mindestens zehn Männer starken Haufen) gewaltsam überfallen wird; sodann ist auch die auf ihrem feierlichen Zug (druchte ducente) bewältigte Braut mit 200 Sch. zu verbüßen. Liegt nun das Erschwerende in der verübten oder versuchten Entehrung, der bei den auf 62½ stehenden Fällen des Raubs keine Erwähnung geschieht? denn es heißt beidemal Art. 12: adsallierit et cum ipsa violenter moechatus fuerit und Art. 13: adsallierit et vim illi in-

*) Sollte nicht ihr Wehrgeld von 200 Sol. gemeint sein? R.

Digitized by Google

ferre praesumpserit. Allein der gewaltsame Anfall eines Brautgefolgs und mit einem Contubernium scheint doch in einem Titel, der überschrieben ist: de ingenuis hominibus qui mulieres ingenuas *rapiunt*, auf das Verbrechen des Raubs zu führen. An Erhöhung der Composition, weil der Friede der Heerstraße und des Brautgefolgs zugleich gebrochen wurden, darf man kaum denken, da für die casa und screona nicht weniger ein Friedensbruch anzunehmen wäre. Beachtenswerth scheint daher, daß beide Bestimmungen, wenn immer schon in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts entsprungen, deutlich spätere Zusätze sind. Pertz theilt sie 4, 7 unter den von König Childebert zugefügten Verordnungen mit; damals konnte sich die Composition der Notnunft insgemein gesteigert haben. Es tritt hinzu, daß in dem bereits der alten Fassung angehörigen Tit. 15 Art. 1 dieselben 200 Sch. auf Entführung einer Ehfrau gestellt sind, welche zwar ein schwereres Verbrechen als die eines Mädchens bildet, dennoch den Abstand von 62 ½ und 200 nicht genug begründet.

Die letzte Verfügung ist unmittelbar in das ripuarische Gesetz 35, 1 übergegangen, welches im Ganzen die Anschläge des salischen ziemlich einhält, wenigstens nicht bedeutend von ihnen abweicht. In seinem Art. 34 aber, ohne zwischen Notnunft durch Hauseinbruch oder auf der Straße, ohne zwischen bloßem Raub und vollbrachter Nothzüchtigung zu unterscheiden, sind durchgängig 200 Sch. Composition für den Räuber bestimmt. Hier erscheinen folglich die 200 Sch. wiederum als Steigerung des ältesten Satzes von 62 ½ (2500 auf 8000 Pfenn.), zumal in ähnlichem Verhältniß die Buße auch der Helfer wächst. Statt jener 30 Sch. läßt die lex Ripuar. die drei ersten Helfer 60, statt jener 5 und 3 die weiteren sogar 15 erlegen. Dagegen findet sich der regius und ecclesiasticus homo, indem er nur 100 Sch., seine Helfer entweder 30 oder 7 ½ zu entrichten haben, dem Freien gegenüber erleichtert. In dem salischen Gesetz war für den lidus bereits der Wergeldsmaßstab durchgedrungen, für den ingenuus noch nicht. Nirgends erwähnt das ripuarische die Zurückerstattung der Geraubten, setzt sie aber gewiß voraus.

Diese fränkischen 200 Schillinge für die Notnunft begegnen auch in der lex Angliorum et Werinorum, deren Verwandtschaft mit dem altfränkischen Recht durch Gaupp und Herm. Müller nachgewiesen worden ist, 10, 1: qui liberam feminam rapuerit reddat eam cum sol. CC; daneben die merkwürdige weitere Bestimmung: et

Digitized by Google

*quidquid cum ea tulit*, restituat, *addens ad unamquamque rem sol. X.* Hier wird der Restitution, des capitale, ausdrücklich gedacht, und noch eine Buße von 10 Schill. für jedes Stück, das die Frau zur Zeit der Entführung an sich trug, festgesetzt, namentlich also für jedes Kleid an ihrem Leibe, für jeden Ring an Hals, Arm und Hand. Gesagt wird nicht, ob sie oder ihr Vater und Vormund diese letzte Composition behalten soll.

Noch in dem Rechtsbuch von Xanten, das als capitul. tertium anni 813 aufgeführt zu werden pflegt, findet sich §. 45: si cujus puellam sponsatam alius priserit solidos ducentos componere faciat, in fredo sol. sexaginta. Also ein Fredum ist den 200 Sol. hinzugetreten, wie es sich auch aus einem capitulare Hludovici I (Pertz 3, 211) §. 4 ergibt: qui viduam vel invitam vel volentem sibi copulaverit, bannum nostrum, i. e. sexaginta sol. in triplo componat, et si invitam eam duxit, legem suam ei componat, illam vero ulterius non attingat; womit Ansegis Capit. 4, 16 (Pertz 3, 314) stimmt.

Ich habe aber noch zwei andere Stellen zur Erläuterung und Bestätigung jener Nebenbuße der lex Angl. et Werin. beizubringen, die gleichfalls fränkisches Recht enthalten. Des Ansegis Capitularien (gesammelt im Jahr 827) besagen 4, 21 (Pertz 3, 314) Folgendes: si quis sponsam alienam rapuerit, aut patri ejus, aut ei, qui legibus ejus defensor esse debet, cum sua lege eam reddat, et *quicquid cum ea tulerit semotim unamquamque rem* secundum legem *reddat*, et si hoc defensor ejus perpetrari consensit et ideo raptori nihil quaerere voluerit, comes *singulariter de unaquaque re* freda nostra ab eo exactare faciat; sponso vero legem suam componat, et insuper bannum nostrum, i. e. sexaginta solidos solvat. Alles dies ist auch in die Samlung des Benedictus Levita (zwischen 840—845) eingegangen 1, 238 vgl. mit 2, 96 (Pertz 4ᵇ, 59. 78) und außerdem in die langob. Rechtsamlung I. 30, 13. Das salische und ripuarische Gesetz wissen nichts davon, die unverkennbare Einstimmung aber der lex Angl. et Werin. ist gleichwol eine solche, welche unmittelbaren Zusammenhang beider Rechtsquellen ausschließt; bei Ansegis wird blos von der Braut geredet, in dem Volksrecht von der freien Frau überhaupt, und dieses bestimmt auch die Erstattung der einzelnen Sachen genauer durch die Zugabe von zehn Schillingen, was allenfalls im Capitu-

lar unter dem reddat secundum legem gemeint sein kann. Eigenthümlich dem letzteren ist aber wiederum die nähere Ausführung, daß für den Fall, in welchem Vater oder Vormund sich mit dem Räuber zu vergleichen geneigt wäre, dennoch der Graf das fredum auch von jeder einzelnen Sache beitreiben, dem Bräutigam die gebührende Composition und außerdem ein vom fredum unterschiednes bannum von 60 Sch. entrichtet werden solle. Zu diesen 60 Sch. halte man die vorhin aus dem Xantner Recht und einem Capitular Ludwig des ersten angeführte gleiche Summe, die bald fredum, bald bannum heißt. Die Rückgabe der von der Geraubten getragnen Kleidungsstücke liegt nun allerdings im Begriff des capitale und konnte nicht unterbleiben. Da nach allen Volksrechten jede geraubte Sache zurückerstattet werden muß, gewöhnlich auch noch daneben ihr Werth verdoppelt oder höher vervielfacht, z. B. bei den Friesen in duplo (lex Fris. 8), bei den Burgunden sogar usque ad pullum in novigeldo (lex Burg. 9); so befremdet es durchaus nicht, daß die lex Angl. et Wer. für jede einzelne mitgeraubte Sache, ohne Rücksicht auf ihren eigentlichen Werth, zehn Sch. hinzugegeben haben will. Solche Zugaben sind auch sonst bei vielen Compositionen etwas Hergebrachtes *).

Die andere Stelle, zwar schon jünger, findet sich in dem Wormser Familienrecht aus den 1020ger Jahren, das ich auch in meine Weisthümersamlung 1, 804 wieder aufgenommen habe. Es heißt da §. 23: si quis domum alterius cum armata manu introierit, et filiam ejus vi rapuerit, *cuncta vestimenta, quibus tunc induta fuerat, quando rapta est, singulariter in triplum* patri ejus vel mundiburdo restituat, et *per singulas vestimentorum partes* bannum episcopo componat; postremum ipsam *triplici* sua satisfactione cum banno episcopi patri repraesentet; et quia legitime eam secundum canonica praecepta habere nequiverit, amicis illius XII *scuta* et totidem *lanceas* et unam libram denariorum pro reconciliatione persolvat. Gleich das domum cum armata manu introire klingt fränkisch und gemahnt an de casa vel screona rapere des salischen Gesetzes; die Anschläge der Kleidungsstücke erscheinen hier deutlicher beschrieben, als in dem angl. und werin. Volksrecht

*) Nach der lex Alam. 49. 50 sind beim Mord die Kleider des Ermordeten als furtiva zu componieren.

Digitized by Google

oder im Capitular bei Ansegis; wer möchte bezweifeln, daß dieser Brauch möglicherweise schon salisch und ripuarisch war, wenn auch die niedergeschriebnen Volksrechte seiner geschweigen, d. h. ihn als etwas Bekanntes voraussetzen? wir sahen, daß die lex Ripuar. das capitale überhaupt unerwähnt ließ. Nur freilich wird damals jene Zugabe zu den Kleidern unbeträchtlich gewesen sein, die hier ansehnlich erhöht ist; nicht allein soll die Geraubte selbst mit dreifachem Wergelde, sondern auch jedes einzelne Kleid in dreifachem Werthe dem Vater oder Vormund und nochmals dem Bischof (der den König vertritt) dreifach als bannum entrichtet werden, endlich sollen die Verwandten der Braut zwölf Schilde, zwölf Speere und ein Pfund Pfenninge als Sühne empfangen; das sind ganz alterthümliche Anschläge.

Abgesehn von dieser Steigerung der Composition, wie sie das Wormser Recht ausspricht, begegnen wir fast in allen übrigen Volksrechten höheren Bußen für die Notnunft, als in der fränkischen; nur das alamannische und bairische beruhen auch auf geringen.

Die lex Burgundiorum 12, 1 legt dem Räuber sechsfaches Wergeld der Jungfrau zu zahlen auf, folglich, wenn es 150 Schill. betrug, 900 Schillinge, welches die fränkischen Ansätze weit übersteigt; außerdem noch eine mulcta von 12 Sch. Kann der Verbrecher nicht zahlen, so wird er den Eltern des Mädchens in Gewalt und Willkür gegeben.

Das alamannische Volksrecht handelt Tit. 51. 52. 54 vom Raub der Ehfrau, Braut und unverlobten Jungfrau. Letztere soll mit 40, die Ehfrau mit 80, die Braut mit 200 Schill. zurückgegeben werden. Die beiden ersten Ansätze scheinen gering, doch betrug das Wergeld bei den Alamannen nur 160 Sch. Auch Tit. 58, 2 wird die Nothzüchtigung einer Jungfrau auf dem Wege zwischen zwei Dörfern auf 40 Sch. angeschlagen, in der Buße also kein Unterschied gemacht zwischen Raub und Nothzucht. Was aber nicht zu übersehen ist, der Räuber der Ehfrau und Braut konnte mit Einwilligung des Ehmannes (und Bräutigams) die Geraubte behalten und heirathen, dann war er zu einer höheren Composition von 400 Sch. verpflichtet. Ohne Zweifel durfte er mit Genehmigung des Vaters ebenfalls die unverlobte Jungfrau behalten, hatte sie jedoch, außer der Composition, noch besonders zu erwerben; bevor er sich auf solche Weise mit dem Vater abgefunden hatte, gehörten diesem alle in der Ehe mit dem Räu-

Digitized by Google

der gezeugten Kinder. Nach 51, 2 sollen auch die Kinder des Räubers mit der geraubten Ehfrau, so lange jene 400 Sch. an den ersten Mann nicht gezahlt sind, diesem angehören, d. h. sowohl lebendig in dessen mundium stehn, als ihm im Todesfall durch ihr Wergeld vergütet werden. Die Frau gilt, vor Erlegung der Composition, Eigenthum des ersten Mannes und was sie von Kindern gebiert, wird ihm erworben.

Den Baiern stieg das Wergeld auch nicht höher, als auf 160 Sch. Ihr Gesetz verordnet über den Raub Tit. 7 Cap. 6. 7; für die geraubte Jungfrau sind 40, für die Witwe 80 Sch. zu componieren, außerdem bei jener 40, bei dieser 60 Sch. in den Fiscus; für die Braut setzt Tit. 16 Rückgabe (die sich bei der Jungfrau und Witwe auch versteht) und 160 Sch. Composition fest. Im Ganzen stimmen diese Ansätze zu den alamannischen, nur daß hier noch der fiscalischen mulcta gedacht wird. Dagegen mangelt die dort ausgedrückte statthafte Weigerung der Rückerstattung unter Zahlung höherer Composition; es versteht sich aber fast von selbst, daß nach Erlegung der Buße dem Räuber unbenommen blieb, um die Geraubte gesetzlich zu werben.

Hält man die alamannischen und bairischen Bußen zu den fränkischen, so gleichen die 40 Sch. so ziemlich den salischen 62 ½, die 80 für Ehfrau (und Witwe) der freilich beträchtlicheren Erhöhung von 200 für die Ehfrau bei Saliern und Ripuariern. Den hohen Satz von 200 und 160 für die Braut faßt man wohl nur aus dem salischen Gesetz, das ebenfalls 200 auf die Notnunft an der Braut legt, wenn sie druchte ducente geschah. Also auch bei Alamannen und Baiern ist der feierliche und öffentliche Brautgang als Bedingung der Composition anzunehmen, denn sonst wäre schwer zu begreifen, warum das unverlobte Mädchen nur 40, das verlobte 200 verbüßt werden sollte. Oder will man annehmen, daß dem Bräutigam ein Theil der Buße zufiel? Das salische Gesetz wies ihm nur 15 Sch. zu, ohne daß die 62 ½ darunter litten.

Ich will hier absichtlich zunächst auf die angelsächsischen Gesetze Aethelbirhts übergehn, deren Alter noch in den Schluß des sechsten Jahrhunderts fällt. Sie bestimmen Art. 82. 83. 84 der thorpischen Ausgabe (Art. 81—83 bei Schmid) 50 Schillinge für den âgend (den Eigenthümer, d. h. Vater oder Vormund) des geraubten Mädchens, und werden diese entrichtet, so steht es dem Räu-

Digitized by Google

der frei, mit dem âgend über den Kaufpreis zu verhandeln, dann darf er die Jungfrau ehlichen, und es versteht sich von selbst, daß er sie zurückgeben muß, falls der Handel nicht zu Stande kommt. Das entspricht völlig dem alamannischen Rechtsbrauch. War das Mädchen Braut (in sceát beveddod, auf dem Schoose verlobt, die gewöhnliche Form der Sponsalien), so gebührt dem Bräutigam 20 Sch. Buße, die den salischen 15 gleichen; das benimmt den 50 Sch. nichts, auf die der âgend Anspruch hat. Daß aber diese 20 für den Bräutigam sind, lehrt der Zusammenhang der Worte: gif hio odhrum men in sceát beveddod sî, XX scillinga gebête, d. h. diesem andern Manne (odhrum men.). Den Art. 84 lese und verstehe ich anders als die bisherigen Erklärer: gif hio gengange veordhedh, XXXV scill. and cyninge XV scillingas, si redierit ad domum patris (vel tutoris), huic XXXV solidi, regi XV solidi componantur. Gengange scheint mir redux zu bedeuten, und es wird vorauszusetzen sein, daß sie vor der Rückforderung des Vaters von selbst heimkehrte, dann soll dieser statt 50 nur 35 Sch. zu fordern haben, dem Könige aber der Rest von 15 gebühren. Die gewöhnliche Lesart gængang geveordhedh ist sinnlos und die Auslegung: „schwanger wird" übel gerathen; niemand begreift, warum die Schwangerschaft der Geraubten die Composition mindern und ändern solle.

Von diesen ältesten agſ. Gesetzen entfernen sich die hoch auflaufenden Compositionen der jüngeren lex Saxonum und Frisionum.

Das altsächsische Recht bewilligt Tit. 6, 3 den Eltern der geraubten Jungfrau 300 Schillinge, der Jungfrau selbst 240, und verordnet daneben ihre Rückerstattung. Tit. 10, 1 bestimmt weiter für die geraubte Braut dem Vater 300, dem Bräutigam 300 Sch. Composition und 300 als Kaufpreis, wenn sie der Räuber zur Ehe behalten will. Eigen ist, was 10, 2 hinzufügt, daß, wenn das Mädchen auf der Straße mit seiner Mutter gehend geraubt wird, auch dieser 300 Sch. gezahlt werden sollen. Im ersten Fall beträgt also die Entrichtung 540, neben dem capitale; im zweiten Fall 900, ohne capitale; im dritten vermutlich 840, außer der Rückgabe; wäre 10, 2 eine Braut zu verstehen (was ich bezweifle, da die Braut mit großem Gefolge einherzieht, nicht allein bei der Mutter geht), so hätte man 1200 anzusetzen. Das altsächsische Wergeld ist zwei Ruthen, d. h. 240 Schillinge, da die Ruthe 120 oder ein großes

Digitized by Google

Hundert macht; der Frauen Kaufpreis aber durchgängig 300 Sch. Ich nehme nicht mit Gaupp (lex Sax. p. 140) an, daß diese Compositionen von dem Raub einer edlen Jungfrau gelten, sie würden dann für die blos Freie auf 1/6 heruntersinken, statt 540, 900, 840 auf 90, 150, 160; für jene zwei Ruthen wäre der Jungfrau selbst nur 1/3 Ruthe = 40 zu zahlen; auch die friesischen Sätze und jene Verdreifachungen der Composition in den Capitularien scheinen dawider zu streiten.

Im altfriesischen Gesetz wird Tit. 8 für jede geraubte Sache überhaupt Zurückgabe in duplo vorgeschrieben, außerdem 12 Sol. fredum; Tit. 9, 8 für die geraubte und entehrte Jungfrau aber ihr dreifaches Wergeld, wovon sie das eine, der König das andere, der Vater oder Vormund das dritte zu beziehen hat; jenes fredum von 12 Sch. für die geraubte Sache ist hier zu einem vollen, dem König zahlbaren Wergeld gediehen, das friesische Wergeld ertrug nur 53 1/3, früher 50 Schillinge, die ganze Summe, welche der Räuber entrichten sollte, folglich 160, früher 150. Hierdurch bestätigt sich das vorhin über die sächsische Composition Gesagte, die verdreifachten 50 verhalten sich wie dort die 540, 840, 900, in welchen ungefähr der dreifache Satz von 240 = 720 erscheint, was nur durch Einmischung des pretium von 300 statt des Wergelds gestört wird. Wollte man die Composition der Notnunft bei den Sachsen auf 90, 150, 160 herabdrücken, so würde sie z. B. der für die abgehauene Hand begegnen, die überall einem halben Wergeld gleich steht, also bei den Sachsen 120 für den Freien, 720 für den Edeln ausmacht. Die Friesen berechnen die Hand zu 25 Sch., der Hälfte von 50, was einem Sechstel jener Composition des Frauenraubs von 150 entspricht; folglich werden die sächsischen 120 für die Hand auch etwa ein sechster Theil der Summe sein, die in Sachsen für die Notnunft zu zahlen war = 720. Der Raub einer Edeln würde bei den Sachsen viel höher, auf sechs Hände oder drei Wergelder = 4320 Schill. gestiegen seyn, wenn man bloße Verdreifachung der 1440 annimmt; die Einmischung des Kaufpreises muß aber auch hier Abweichungen herbeigeführt haben, welche uns den Betrag genau zu bestimmen hindern.

Aus dem altnordischen Recht führe ich hier blos einige merkwürdige Vorschriften der isländischen Grâgâs an; was das altschwedische und dänische darbieten, scheint geringeren Belangs. Festa-

Digitized by Google

thättr, d. h. der Abschnitt von der Ehe verordnet Tit. 38—42 (1, 353—356) über Frauenraub. Den Räuber, wenn er auch die Absicht der Ehe hat, trifft samt seinen Helfern Verbannung; die neun nächsten Nachbarn des Hauses, aus dem der Raub geschah, werden zusammenberufen. Hält jemand als Helfer die Frau in seinem Hause verwahrt, so ist ein fiordhungsdômr anzustellen, das auf unmittelbare Herausgabe geht. Wird die Geraubte außer Land geschifft, so verfallen alle in gleichen Bann, die in demselben Schiffe sitzen, und es wird den neun Nachbarn ein Gericht at festarhælum, d. h. bei den Pfählen, an welche das Schiff befestigt ist, angesagt. Beim Raub einer Braut kann sowohl ihr Vater oder Vormund als der Bräutigam auf die Verbannung der Verbrecher dringen. Die Verbannung scheint der eigentlichen vor Gericht anzustellenden Klage vorauszugehen, und es werden ohne Zweifel Bußen erkannt, deren Beträge nicht angegeben sind, nach deren Entrichtung aber jener Bann wieder aufhören mußte. Beachtenswerth, und mit den übrigen Volksrechten einstimmend, ist die schwere Ahndung der geleisteten Hilfe. Zu dem Gericht am Schiffspfahl werden wir hernach im friesischen Recht etwas Ähnliches auffinden.

Unter den langobardischen Gesetzen behandelt hauptsächlich Rothars Edict 186. 187. 191 den Gegenstand, zum Theil erschöpfender als bei den übrigen Völkern. Die Composition steht auf 900 Schillinge, halb dem König, halb den Eltern der Geraubten zu erlegen. Leben die Eltern nicht mehr, so fällt die ganze Summe der königlichen Curtis heim. Es wird der Wahl des Weibs freigestellt, ob sie sich mit ihrem Vermögen in das mundium des Vaters, Bruders, Oheims oder des Königs begeben will, so lange sie der Räuber, unabhängig von der Composition, nicht förmlich erworben hat. Stirbt sie vor dieser Zeit, so hat sie der Räuber dem, dessen mundium sie erwählte, mit ihrem Wergeld zu verbüßen. War sie einem Andern verlobt, so mußte außerdem dem Bräutigam die bedungene meta (Brautgift) doppelt entrichtet werden. Da das langobardische Wergeld noch unter Liutprand (6, 9) 150 Sch. betrug, so scheinen jene 900 ein hoher Satz; obschon sie zur Hälfte in den Fiscus flossen. Zwar konnte der raptor, wie bei den Alamannen, die Frau in seiner Hand behalten, mußte sich aber erst ihr mundium erwerben, d. h. mit dem, in dessen Gewalt sie blieb, eigens unterhandeln. Die Hälfte jener 900, also 450, betrachte ich als Verbrei-

Digitized by Google

fachung des einfachen Wergelds von 150; die andern 450 waren weniger eigentliche Composition als mulcta oder fredum.

Zuletzt sey von den Volksrechten des wisigothischen gedacht, wo uns III. 3, 1—7 schon undeutsche Vorschriften begegnen. Entrinnt die Geraubte unbefleckt aus der Gewalt des Räubers, so hat er ihr die Hälfte seiner Habe abzutreten. Unterlag sie ihm aber, so soll er sie durch reine Composition erwerben können, vielmehr sein ganzes Vermögen ihr zufallen, er öffentlich 200 Geiselhiebe empfangen, seine Freiheit verlieren und den Eltern der Gemißhandelten oder ihr selbst als Knecht dienen. Nur wenn er vorher mit einer andern Frau eheliche Söhne gezeugt hatte, geht auf diese seine Habe über, während er selbst in Knechtschaft geräth. Wagt die Geraubte sich ihm zu vermählen, so trifft beide Todesstrafe; gelingt die Flucht zum rettenden Altar, so wird ihnen das Leben geschenkt, aber es erfolgt Scheidung und Knechtschaft. War die Geraubte einem andern verlobt und die Eltern begünstigten hernach den Räuber, so sind sie gehalten den verabredeten Kaufpreis dem Bräutigam vierfach zu zahlen, und der Räuber verfällt ihnen als Knecht; des Räubers Eigenthum wird sonst halb der Geraubten, halb ihrem Bräutigam überwiesen; falls er ohne Vermögen ist, wird er verkauft und der Kaufpreis unter das Mädchen und den Bräutigam gleich vertheilt. Hatte ein Bruder als Vormund den Raub der Schwester gefördert, so verliert er an sie sein halbes Vermögen und erhält 50 Hiebe. Von eigentlicher Composition, im Sinne des deutschen Rechts, ist in allen diesen Fällen keine Rede.

Fassen wir nun die bisher erörterten Volksrechte des Alterthums zusammen, so leuchtet ein, daß sie nicht auf alle hier entspringenden Fragen Antwort geben. Zumeist angelegen ist ihnen die Feststellung der Composition, wodurch sich der Räuber zu lösen vermag; über das gegen ihn stattfindende Verfahren, um die Geraubte schnell aus seiner Gewalt zu retten, gibt es gar keine Auskunft, und über das Schicksal der Geraubten keine vollständige, sichere. Im salischen Gesetz wird ihre Rückgabe neben der Buße verordnet; damit scheint unverboten, daß der Räuber sie nachher um den gewöhnlichen Kaufpreis vom Vater oder Vormund erwerbe. Kommt also die Ehe später zu Stand oder nicht, so hängt das mit jener Composition nicht zusammen. Nach ripnarischem Recht mag es sich ebenso verhalten, wenn schon des Capitale insgemein nicht erwähnt wird.

Digitized by Google

Das alamannische gestattet dem Räuber geradezu die entführte Ehfrau und Braut, warum also nicht die unverlobte? zu behalten, sobald Ehmann, Bräutigam und Vater einwilligten, nur daß sich dann die Composition erhöhte, d. h. in sie zugleich ein jenen genehmer Kaufpreis mit aufgenommen wurde. Fehlt die Einwilligung, so kann Zurückgabe mit der geringeren Buße nicht geweigert werden. Im langobardischen und angelsächsischen Recht wird die Befugniß des Räubers, die Geraubte nach gezahlter Buße zu erkaufen, eben so klar anerkannt, im altsächs. wie im alamannischen wiederum gleich ein bestimmter Kaufpreis ausgeworfen für den Fall, daß der Räuber das Mädchen behalte. Das bairische und friesische Gesetz schweigen von der Thunlichkeit einer Ehe zwischen dem Räuber und der Geraubten, verreden sie aber keineswegs.

Ich glaube, man muß als durchgreifenden Grundsatz unseres ältesten Rechts gelten lassen, daß eine solche Ehe gestattet und unverwehrt war, wenn sich der Räuber, unabhängig von der auf den Raub gesetzten Composition mit den Angehörigen der Geraubten vertragen konnte. In der That entsprang auch hieraus für die Geraubte das wünschenswertheste Verhältniß, zumal ihre Neigung oder heimliche Einwilligung häufig zweifelhaft erscheinen mußte. Dieser Erfolg der Sache stimmt zu der Volksansicht von dem Frauenraub, die oben Eingangs dargelegt wurde; war dem Alterthum die Heirath ein Kaufgeschäft, so konnte, sobald die übermütige Gewalt des Werbers verbüßt war, der Kauf wieder vor sich gehn. In dem Ausdruck nehmen, zur Ehe nehmen, den die lateinische Fassung der Volksrechte durch tollere ad uxorem nachahmt, liegt beides, das friedliche kaufen und das gewaltthätige rauben der Jungfrau. Durch die Composition und daneben erfolgte Ehe gleichen sich die gestörten Familienverhältnisse wieder aus; um die Geraubte und Zurückgegebene würden nicht leicht andere freien. Unsern Begriffen und Sitten scheint zumal roh und verletzend, daß sogar eine Ehfrau dem Räuber zu Theil werden kann und der erste Gatte, vorausgesetzt daß er sich zur Abfindung bequemt, nachstehen muß. Allein selbst das Epos begünstigt den Paris vor Menelaus und stellt den Räuber fast im Lichte des Siegers dar. Die gebrochne Ehe herzustellen hält das alte Recht für schwieriger, als eine neue zu begründen; den Geldansprüchen des ersten Ehegatten war nichts benommen. In Aethelbirhts Gesetz Art. 31 (bei Schmid 32) findet sich ganz im

Digitized by Google

Sinn dieser rohen, aber nicht unreinen Rücksicht des Alterthums verordnet: wenn ein freier Mann bei eines freien Mannes Weib liegt, so kaufe er sie mit ihrem Wergelde, erwerbe sodann mit seinem eigenen Gelde ein anderes Weib und bringe sie dem andern ins Haus, d. h. der verletzte Ehmann verliert nicht den Werth seiner Frau, und es wird ihm dazu eine neue gekauft; der sich vergangen hat, muß einmal das Wergeld der Gattin, dann den Kaufpreis einer andern Frau erlegen. Die Gerechtigkeit des alten Gesetzes ist damit erfüllt.

Bei allen diesen Hergängen scheint sich die geraubte Frau äusserlich sehr unthätig zu verhalten und von dem abzuhängen, was die Parteien ausmachen. Eine merkwürdige Wahl, ihr mundium selbst zu bestimmen, wird ihr jedoch im langobardischen Recht verliehen, und hiermit stehen, wie mich dünkt, andere wichtige Rechte von hohem Alter in Verbindung, auf welche ich im Verfolg zu sprechen kommen werde.

Der christlichen, zu übermäßiger Ausdehnung der Ehverbote geneigten, Kirche war die Ehe zwischen Räuber und Geraubter ein Greuel, und es wurden schwere Strafen auf den Raub gesetzt. Die lex un. C. de rap. virg. vel vid. (9, 13) verhängt Tod über den Räuber und bestimmt außerdem: nec sit facultas raptae virgini vel viduae raptorem suum sibi maritum exposcere und ihn dadurch vom Tode zu retten. Concilienschlüsse erklärten sich laut gegen solche Ehen und in den Pönitentiarien, z. B. des Theodor und Ecgberht in England hallt es wieder davon. Bei den Westgothen, sahen wir, traf den Räuber leibliche Züchtigung und Knechtschaft, Todesstrafe nur, wenn Ehe gewagt wurde. Die Capitularien der fränkischen Könige sprechen verschiedentlich aus: nunquam illam uxorem habeat; illam feminam ei habere non liceat; womit man die aus Burchards Wormser Familienrecht oben angezogene Stelle vergleiche. In einer constitutio francofurtana vom J. 951 unter Otto I (Pertz 4, 26) heißt es: ne oppressio virginum aut viduarum vel raptus ab ullis hominibus fiat, — raptores sine spe conjugii perpetuo maneant; quod si posthaec jungere se praesumpserint, utrique anathematizentur. Erst allmälich ließ solche Strenge nach, Innocenz III. verfügte im J. 1201 (c. 7 X h. t): rapta puella legitime contrahet cum raptore, si prior dissensio transeat postea in consensum. Das natürliche Mittel machte sich wieder geltend, wodurch in vielen Fällen den Betheiligten allein zu helfen stand.

Digitized by Google

Wir sind hiermit der Betrachtung des späteren Mittelalters näher getreten, dessen Rechtsbücher, den älteren Compositionen entsagend, die Strafe der Notnunft schärfen und außerdem noch andere eigenthümliche Bestimmungen darbieten. Im Ganzen muß aber eine Trennung der Begriffe Frauenraub und Nothzucht zum Grunde gelegt und die Grausamkeit der Strafen, von welchen sogleich die Rede seyn soll, hauptsächlich auf letztere eingeschränkt werden. Gleichwohl berühren sich beide Verbrechen wie in den älteren Volksrechten, und sind auch in den gesetzlichen Vorschriften nicht überall zu sondern. Die Nothzucht wird gewissermaßen immer als ein Raub angesehen, was sich in dem engl. Sprachgebrauch, der rape für Notzucht beibehält, vorzüglich bewährt. *) Bloße gewaltsame Entführung, wobei der Ehre des Mädchens geschont wird, gilt indessen für ein weit geringeres Verbrechen, als Notzucht, zu der nicht einmal ein Raub gesellt zu sein braucht.

Von Buße für die Notnunft handelt es sich in diesen Rechtsbüchern also nicht weiter (eine Ausnahme des fries. Rechts soll hernach besprochen werden**)), es wird geradezu Todesstrafe, wie für

*) Der Notzüchter raubt der Frau oder Jungfrau ihre fräuliche und jungfräuliche Ehre, er soll auch noch nach der CCC Art. 119 einem Räuber gleich mit dem Schwert vom Leben zum Tod gerichtet werden. Diese Vorstellung geht höher in das Mittelalter hinauf. Im Parzival 526. 527 klagt eine Frau vor König Artus dem Richter an der Tafelrunde:

Sît daz ir waere *ein roup genomen,*
der nimmer möhte wider komen,
ir magtuom kiusche reine,
daz si al gemeine
den künec gerihtes baeten
und an ir rede traeten

Der Schuldige wird zum Strange verurtheilt:

man verteilte imz leben unt sinen pris,
unt daz man winden solt ein ris,
dar an im sterben wurd erkant
âne bluotige hant

hernach erfolgt auf dringende Verwendung Anderer Begnadigung; doch soll er vier Wochen lang mit den Hunden aus einem Troge essen.

**) Die Buße im Schwabensp. (Laßb. 201. p. 95) ist aus Moses V. 22, 29.

Digitized by Google

Mord und Friedensbruch verhängt: die den man slat... oder wif oder maget nodeget, den sal man dat hovet afslan. Ssp. II. 13, 15. Wegen keines andern Vergehens darf ein Haus aufgehauen werden: it ne si, dat dar maget oder wif inne genodeget werde oder genodeget ingevort si. III. 1, 1, und dann wird seltsam hinzugefügt: *al levende Ding, dat in der notnunfte was, dat sal man unthoveden.* Ausführlicher noch im Schwabensp. (Laßb. 254.): unde ist, daz ein maget oder ein wip in notnunfte genomen wirt, und wirt si in ein hus gefueret wider ir willen, oder ob ez ir drinne geschiht unde si ruefet und ir nieman hilfet noch gehelfen mag, mag man die liute und daz hus uberziugen selbe dritte mit den, die ir ruefen hant gehoeret. man sol uber die liute rihten, also daz man in daz houbet abe slahe, man sol *allez daz toeten, daz in dem huse ist, rinder unde ros, katzen und hunde, huenre und gense und enten unde swin unde liute, junc und alt, unde alez daz lebende drinne ist,* daz sol man allez toeten. unde ist si ein maget gewesen, und daz man daz selbe dritte erziuget, so sol man den, der ez da getan hat, lebendig begraben; unde ist ez ein wip gewesen, so sol man im das houbet abslahen, daz hus dar inne es geschehen ist, daz sol mau uf die erde slahen. Hierzu stimmt der Text in Ruprechts von Freising Rechtsbuch cap. 167 (Maurer S. 186.), der unmittelbar mit dem Schwabensp. zusammenhängt; ebendaher hat das Culmische Recht 5, 40 (Leman 5. 167) geschöpft. Eigenthümlich ist die Fassung in dem Rechtsbuch nach Distinctionen 4, 10 (Ortloff S. 202): welch man eine notnunft beget in wichbilde oder in dorfern in eime huse, do der wirt hette rat oder tat an getan, oder iz eme zu liebe wolde gunnen; komt daz gerufte in frischer tat, daz ez die nackebure horen, die daz irzugen mogen, ob die frouwe oder meit vor gerichte nicht komen mag, ob si darinne beslossen ist, so sullen die nackebure bi der hochsten buze deme gerichte daz irkundigen, daz si daz gehort haben uz dem huse. Daz gerichte sol daz hus offenen unde die suchen, an der die not begangen ist. spricht si denne, ez si an ir begangen unde bede gerichtes unde ist der fridebrecher da, man sol ir zu hant richten mit deme swerte, daz houbt heruzwert, unde den corper under der swellen uzzien. ist er aber vorfluchtig worden, so sol man in zu hant in die achte tun uf den hals, unde laden die gemeine



Digitized by Google

darzu mit gerüfte bi der hosten buze, unde brechen daz gebuwe abe, da die not geschen ist, waz denne darabe komt, daz ist des gerichtes unde die hovestat der gemeine.

In dies letzte Rechtsbuch ist also die befohlne Enthauptung alles Lebendigen, das an der Notnunft theilnahm (wie man die Worte des Sachsenspiegels „dat in der notnunfte was" auslegen könnte), oder sich in dem Haus befand, wo sie verübt wurde, nicht eingegangen. Die latein. Uebersetzung des Ssp. hat: omnia huic reatui praesentia animalia decollentur, was ein engerer Ausdruck ist, da die deutschen Texte von allem Lebendigen reden und der Schwabenspiegel neben den Thieren bestimmt auch die Leute nennt. Unter dem Haus aber ließe sich nach den Worten des Ssp. und Schwsp. sowohl das eigne des Räubers denken, in das er die Jungfrau geschleppt, als auch das eines Helfers, der es ihm dazu hergegeben habe. Die Distinktionen scheinen nur den zweiten Fall anzunehmen. Wir haben gesehn, daß nach salischem und ripuarischem Volksrecht die Helfer des Notnunfters zu schwerer Composition gezogen wurden, und die lex un. C. de rap. virg. et vid. spricht allerdings sogar den Tod mit über sie aus: ut hi qui hujusmodi crimen commiserint, et qui eis auxilium invasionis tempore praebuerint, ubi inventi fuerint . . . interficiantur. Daraus kann man aber jene Tödtung alles dessen, was in dem Haus der Notnunft Athem hatte, unmöglich herleiten. Die Thiere sollen es gleichsam büßen, daß sie der Geraubten nicht beigestanden, oder durch ihr Geschrei keine Rettung herbeigerufen haben. Zumeist fällt einem dabei die vorhin aus der Graugans angeführte Bestrafung aller ein, die in dem Schiff sitzen, in dem eine Frau gewaltsam entführt wurde; so soll Alles, was in dem Hause lebt, der Strafe verfallen.

Es ist eine Ueberlieferung ganz in dem Geiste derer, von welchen unser altes Recht erfüllt ist, wobei an wirkliche Praxis gar nicht gedacht werden darf; wäre der Brauch irgend in Uebung gewesen, die Annalen oder Urkunden würden eines vorgekommnen Falls doch einmal gedacht haben. Ich entdecke in solcher Mitverurtheilung der Knechte, Pferde und Rinder bis auf Hunde, Katzen, Hühner und Gänse herab vielmehr Anklänge an heidnische Sühnopfer, wie sie uns Dietmar von Merseburg und Adam von Bremen bei verschiedenen Gelegenheiten geschildert haben. (Mythol. S. 29. 32). Die Tradition davon schiebe ich so hoch hinauf, daß sie gewiß noch

Digitized by Google

über die Zeit der Volksrechte hinausreicht, die sich ihrer zu erwähnen aus demselben Grunde enthalten, der auch den Verfasser der Distinctionen bewog, das, was ihm aus dem Sachsen- oder Schwabenspiegel bekannt seyn mußte, als rein unpractisch hier zu unterdrücken. Von ähnlichen Rechtssagen, wie man sie nennen könnte, deren Ursprung in das höchste Alterthum sich erstreckt, wimmeln die Weisthümer unsers Landvolks noch in späteren Jahrhunderten; ich erinnere mich dabei einer Stelle des Niedermendiger Weisthums von 1563 (2, 492), wo von der Wahl eines Schöffens die Rede ist und gesagt wird: weigere der Gewählte sich des Amts, so solle ihm der Vogt durch den Frohnen einen Strohwisch auf den Hof stecken lassen und nachher noch ein, zwei, dreimal beschicken; werde er immer nicht gutwillig, so solle ihm der Vogt eine Buße setzen: so manich lebendig Hertz vff dem Hofe, so manich 15 Albus, vnd alle tagh noch so viel, so lange bis er Gehör gebe. Diese Buße wird ebensowenig vollstreckt worden sein, scheint mir aber völlig in dem Sinne jenes Enthauptens alles Lebendigen in dem Hause. Für das Verhältniß des Sachsen- zum Schwabenspiegel ist die Kürze des einen, die Ausführlichkeit des andern nicht unwichtig.

Hingegen bezweifle ich nicht, daß die Häuser, worin eine solche Gewaltthat geschah, wirklich aufgehauen und niedergebrochen wurden. Nicht nur führen gerade dies die Distintcionen, indem sie jener Enthauptungen geschweigen, näher aus, sondern einzelne Statute, z. B. die Goslar'schen heben die allgemeine und für gültig erachtete Vorschrift des sächs. Landrechts wiederum auf und verordnen, es solle wegen Nothzucht kein Gebäude abgebrochen werden. Es war ganz den Sitten des Mittelalters gemäß, wann Waffengeschrei erscholl und die Gemeine dem Gebote des Richters, des Schöffen und des Frohnen vor ein Gebäude folgte, worin ein Ungerichte verübt wurde, es mit Gewalt zu öffnen und zu zerstören. Häuser der Mordbrenner, der Brandstifter pflegte man öffentlich niederzubrennen, ebenso die der ungerechten Richter, und noch bei andern Gelegenheiten.

Besonders aber bestätigen und erläutern den Gebrauch, in unserm Fall, die friesischen Landrechte. Der latein. Text der siebzehnten Küre (Richthofen p. 32. 33) besagt: ubicunque matrona accipitur (d. h. nêde nimen is) lacrimans et clamans, et sequitur eam scultetus cum plebe, quidquid ei factum fuerit, est notorium. primitus illi matrone werield, et plebi pax, et sculteto solvetur suus



Digitized by Google

bannus. Dann heißt es nochmals in anderer Bestimmung: ubicunque femina rapta accipitur, et ipsa deprehenditur infra domum et infra limen, et ipsa inde extrahitur cum plebis coactione et sculteti banno, flens et clamans, tunc non oportet juramenta prebere, da bedarf es keines Eides und Beweises, die That ist volkskundig. Viel genauer reden aber die friesischen Texte, zumal von Emsigo und Hunsingo (Richth. 34. 35. 100). Weigert sich der Räuber das geraubte Weib sofort herauszugeben, sendet sie ihren Freunden Boten, die Freunde dem Frohnen, so soll dieser unverweilt ein Gericht versammeln und so nah an das Gewalthaus niedersitzen lassen, daß er mit seines Speeres Spitze dessen Dachrinne berühren möge (thet hi tha osa mith sines speres orde retsia muge). Mit königlicher Gewalt soll er dann die Frau herausnehmen, das Brauthaus verbrennen, und der Frauen erkenne man ihr Wergeld, den Leuten ihren Frieden (fredum) und dem Frohnen seinen Bann. Wird aber der Räuber mit dem Weibe flüchtig von dem Hause zu einem andern Hause, von dem andern zu einem dritten, von dem dritten in die Kirche; so soll man die drei Häuser brennen, die Kirche erbrechen und das Weib herausnehmen, und ihr Wergeld setzen, den Leuten ihren Frieden, dem Frohnen seinen Bann. Die Gesetze der Brokmer (Richth. 166), jener zweiten lateinischen Fassung näher tretend, ordnen das Wergeld anders, in dem sie dem Weib 2/3 vom Wergeld eines Geistlichen, den Leuten die Hälfte dieser 2/3, also 1/3, und den Redjeven zwei Schillinge bestimmen. Klagt sie die höchste Noth und bewährt sie mit 24 Eiden, so soll sie ein volles Wergeld des Geistlichen empfangen, das Haus wird den Leuten *) und den Redjeven eine höchste Mark überwiesen. Kommt es zum Kampf (vor Gericht zwischen der Frau und dem Notmunster), so bleibt das Haus stehen, sie bezieht ein geistliches Wergeld und das fredum beträgt die Hälfte davon. Man vergl. hierzu die latein. Abfassung der Küren (Richth. 137). Endlich die Gesetze der Rüstringe (Richth. 542.) werfen der Frau 20 Mark zur Buße, den Leuten 100 Mark zum Friedensgeld aus, und alle Helfer sollen 30 Mark erlegen, jedes Haus, in dem sie eine Nacht über gewaltsam gehalten wurde, soll in Brand ge-

*) Der gen. pl. thera liuda 166, 17 hängt von einem ausgelassenen verbo se (sit), vergl. 157, 11.

Digitized by Google

steckt werden. Bewährt sie, daß ihr die höchste Noth nicht widerfahren sei, so mindert sich die Buße auf 10, das fredum auf 30 Mark; wurde sie blos umhalst und geküßt, ist die Buße 5 Mark, das fredum 30. Uebrigens gestatten auch die Rüstringe zur Rettung der Geraubten das Gotteshaus zu brechen (Richth. 129). Man lese noch einige andere Stellen der Gesetze von Hunsingo und Westergo nach (Richth. 239. 336. 474).

In allem diesem ist nun gar Manches der Erwägung werth und auf hohes Alterthum deutend. Es sei zuerst das unmittelbar unter der Dachtraufe des Hauses gehaltne Gericht hervorgehoben; der Frohne soll mit der Spitze seines Speers oder Etgers die ose (im Ssp. ovese, agſ. efese, ahd. opasa, goth. ubizva), den porticus des Hauses anrühren, d. h. so dicht vor dem Hause sitzen, daß er der Geraubten nahe sei und nichts von den Thätern und Helfern entrinnen könne. Daß sich ein feierliches Gericht zu dem Hergang selbst verfüge, kommt in unserm alten Recht auch bei andern Fällen vor, z. B. bei der Einweisung in das Eigenthum, wo das Gericht zuweilen auf das Grundstück oder vor das Haus gelegt wurde *). Noch mehr trifft aber die Vergleichung jenes altnordischen Rechtsgebrauchs zu, der, wenn der Raub auf einem Schiffe geschah, ein Gericht an dessen Pfahl zu halten befiehlt. Kaum ist das Schiff wieder gelandet, noch ist das Raubhaus uneröfnet, so bereitet sich alsbald die Rettung.

Gericht im Schiff kennen unsere Weisthümer bei andern Gelegenheiten **). Es müßte nur auch das Verbrennen des Schiffs, wie des Hauses, und daß der Richter mit seinem Stabe den Bord des Schiffes berühre, vorgeschrieben sein, um die Aehnlichkeit noch größer darzustellen.

Das friesische Recht hat die Compositionen überhaupt noch lange aufrecht erhalten, nachdem sie anderwärts schon in Strafen gewandelt waren. Das dreifache Wergeld der lex Frisionum ist nur anders ausgetheilt, den König vertreten die Leute (das Volk). Die Brokmer weisen der Frau 2/3, den Leuten blos 1/3 zu; dagegen die

*) Kopp, heſſ. Gerichtsverf. 1, 501.

**) Weisth. von Mernich (2, 316): der Gelobende legt seine Hand auf die Plicht (prora), die Heiligen werden gebracht und auf die Plicht gelegt. Dies heißt ein stehend Gericht.

Digitized by Google

Rüstringe der Frau nur 20, den Leuten 100 Mark. Nach dem Hunsingoer Recht soll ein Anfall auf die Braut beim Kirchgang und im Brautstuhl dreifache Composition nach sich ziehen (Richth. p. 336) Neben allen diesen Geldbußen steht aber auch die Strafe des Hausverbrennens, deren das alte Volksgesetz noch keine Meldung thut.

Ueber die Beweismittel sind einige Vorschriften gegeben. Wenn das Verbrechen nicht offenkundig ist, kann sich die Geraubte und Ueberwältigte bald des Eides, bald eines Gottesurtheils bedienen. Unter den Gottesurtheilen kommen hier zwei in Betracht, Kesselfang und Kampf: szetel and comp allên etta nêdmonda (Richth. 166); per duellum convincitur, mith compscelde wunnen (Richth. 24). Diesen Kampf schildern jedoch die Quellen nicht als etwas Besonderes, und namentlich wird nirgends gesagt, daß ihn die Frau selbst zu bestehen habe, sie konnte ohne Zweifel einen Kämpfen für sich auftreten lassen. Zwei süddeutsche Rechtsbücher stellen uns aber sehr eigenthümliche Umstände eines Kampfes dar, den die Frau in eigner Person mit dem gerichtlich angeklagten Notnunfter unternimmt. Nach dem Augsburger Stadtbuch von 1276 (Freyberg S. 55.) nemlich sol der man sîn begraben unz an den nabel, unde sol er in sîner hant haben einen aichinen stap, der sol einer dûmellen lanc sin unde sleht âne gevaerde unde hantvollic. so sol diu frowe ein röclîn an ir haben unde in ir stûchen einen fûstgrôzen stein. Und in dem zweiten Theil des Rechtsbuches Ruprechts von Freisingen (Maurer S. 294.) heißt es: wirt aber der frauen und dem nôtzwinger ein kampf ertailt, so sol man in eingrabn unz an den napel, daz er sich umb mög gereiben, und sol im die tenken hant auf den rucken pinden, und sol im ain kolben in die recht hant geben, und sol stro umb in streuen, als verr als er mit dem kolben gelangen mag, und der frauen sol man ain stain in ain stauchen pinden, der ains pfundes swaer sei der statwag, und man sol in paiden grieswärtel geben nach kampfes recht. Hiermit ist die zum Theil ausführliche Beschreibung in Westenrieders Ausgabe S. 91. 92 zu vergleichen. Offenbar sollen alle diese Vorkehrungen dem Mann den Kampf erschweren, der Frau erleichtern, d. h. beiden Theilen die natürliche Verschiedenheit ausgleichen. Vielleicht gelingt es noch frühere Spuren eines gewiß viel ältern Brauchs zu ermitteln, der uns in der Augsburger

Digitized by Google

und Freysinger Fassung ziemlich verschieden mitgetheilt wird; auch in dem, was nach dem Kampfe geschehen soll, weichen sie ganz von einander ab. Das Stadtrecht von Augsburg will, daß der unterliegende Theil lebendig begraben, das freisingische Buch, daß dem besiegten Manne das Haupt, der besiegten Frau nur die Hand abgeschlagen werde.

Doch wir haben überhaupt erst die Art und Weise der auf die Notnunft gesetzten Strafen näher zu betrachten.

Nach den beiden Spiegeln soll den Nothzüchter Enthauptung treffen, und so ist auch in einer Treuga wahrscheinlich Heinrichs VII. vom J. 1230 (Pertz IV, 267) ausgesprochen: raptus sive oppressio virginis per capitis decollationem punietur; si aufugerit, detentor ipse, a quo reus a judice postulatus fuerit, cum reo pari poenae et sententiae subjacebit. Unter detentor zu verstehen ist hier derjenige, in dessen Haus der Räuber mit der Geraubten entflohen war. Die Worte raptus sive oppressio lassen aber unentschieden, ob bloße Entführung und Nothzucht gleich gestellt werden sollen; es ist kaum anzunehmen, daß der raptor in jenem Fall enthauptet wurde, ihn traf wohl nur Verbannung, denn eine Verordnung Friedrichs I. vom J. 1281 (Pertz IV, 430) besagt: swer einem manne sîne chonen hinfueret, der ist in der æhte; selbst der Ehfrauenraub wird nicht härter als durch Bann bestraft, man müßte denn die Acht auf den Fall einschränken, wo man des entflohenen Verbrechers nicht habhaft werden konnte. Dazu stimmt das Augsburger Stadtbuch von 1276 S. 55: ist aber, daz er (der Notnunfter) nicht fürkumt, so sol man im drî stunt fürgebieten als dehn reht ist, unde sol in der vogt ze æhte tuon umbe die nôtnunft, unde mag ouch niemer ûz der æhte komen âne der clager wort, unde sol man in an den æhtebrief schrîben. Ebenso eine Genter Keure vom J. 1228 (Warnkönig II.a., 37): qui aliam mulierem vel domicellam vi rapuerit, unde clamor factus fuerit, si captus fuerit qui eam rapuit, decapitabitur, si vero aufugerit, exlex erit, et si illi, qui in adjutorium raptoris fuerunt, sunt capti, decapitabuntur, si vero aufugerint exleges erunt. Man vergl. die Keur der vier Aemter von 1242 (Warnkönig II.b., 194). Die Keur von Dendermonde a. 1233 verordnet Enthauptung, deutlich für den Fall der Nothzucht: quicunque per vim feminam violaverit, — ei collum cum assere, qui vulgo nominatur planke, debet abscidi

Digitized by Google

(Warnkönig II.b., 233). Das Stadtbuch von Groningen von 1425 enthält 8, 24 (pro excol. jure patr. 5, 156): soe we ene vrouwe of ene joncfrouwe noetmundighet binnen Groninghe, wort he begrepen, men slae hem dat hovet of; ne wort he nicht begrepen, men legghen etwelike vredeloes; überdies werden der Frau 20 Mark und den Helfern eine Buße von einer Mark zuerkannt. Gleiche Strafe soll nach 8, 26 dem Entführer einer Ehfrau zu theil werden, wenn wirklicher Ehbruch hinzutrat.

Jenes Abschlagen des Haupts mit einer Planke war schon Erschwerung der Strafe; nach dem Rheingauer Landrecht des 14. Jh. (Weisth. 1, 542) soll dem überführten Nothzüchter, wie dem Mörder und Brenner, das Haupt abgeschlagen, dann aber der Leichnam auf ein zehnspeichiges Rad gesteckt werden. Neben der Enthauptung findet sich aber gleichzeitig und in denselben Gegenden oft schon die grausame Strafe des Pfählens und lebendig Begrabens ausgesprochen. Ein Eltwiller Weisthum von 1383 (1, 547) sagt: den notzogir deilt man in den pal, im durch den buch zu slahen. Noch bestimmter und härter das Cröver Weisthum (2, 381), indem es von der Genothzüchtigten selbst die Strafe vollstrecken läßt: und sulle den man uff den rucke legen und ime den pal uff den bauch setzen, und sulle das weib, die also von ime geklaget hat, *den pal mit einem schlegel drei stund darauf schlagen*, und sollen dan die rechten boden vorbass durchschlagen, biss in die erde, und ine darin halten, biss er von dem leben zu dem dode bracht wurd. Nicht anders die Frankenberger Gewonheiten (bei Schminke 2, 755): man soll *einen dürren eichen pfal spitzen* und dem notzüchtiger auf sein herz setzen; *den ersten, andern und dritten schlag* darauf soll die Genothzüchtigte thun, die übrigen der Henker. Das gewöhnliche lebendig Begraben wird aber ohne solches Pfählen ergangen sein, und wo seiner nicht gedacht ist, kann man es nicht voraussetzen. Swer die nôtnumpht begât, verfügt das Augsburger Stadtbuch, an megeden, an wîben oder an varnden wîben, wirt der gefangen an der hantgetât, sô ist diu rehte urtheil, daz man in lebendigen begraben sol. Der Schwabenspiegel unterscheidet zwischen der an einer Jungfrau und an einem Weibe begangenen Gewalt, jene soll mit lebendig Begraben, diese mit Enthauptung geahndet werden. Wahrscheinlich wurde die Pfählung bloß gewiesen und niemals ausgeführt. Es ist wider die mensch-

Digitized by Google

liche Natur, zu glauben, eine Frau werde sich der ihr hier vergönnten Rache unterzogen und die drei ersten Schläge auf den Pfahl gethan haben, der an eines Lebenden Brust gesetzt war; versagte sie sich aber den drei ersten Schlägen, so durfte der Gerichtsknecht auch nicht die folgenden wagen, die nur zu vollenden hatten, was jene begannen. Es wird also durch die Fassung des Urtheils gewissermaßen in die Hände der Frau gelegt, dem Missethäter das Leben zu schenken.

Es zeigte sich oben, daß bei den Longobarden der Wahl des geraubten, noch in Räubers Händen befindlichen Weibes anheim gestellt war, unter welches mundium sie sich begeben wollte. Dadurch, scheint es mir, konnte sie dem Entführer die Werbung erleichtern oder erschweren, indem ihr wohl bekannt sein mußte, von welcher Seite aus die Forderung höher gespannt werden würde, und sie vermochte dabei den Gefühlen und Mahnungen ihres Herzens zu folgen. In der That ist kein Gedanke natürlicher, als die Ausgleichung der verwickelten Verhältnisse zunächst von dem Entschluß der geraubten Frau abhängen zu lassen. Wie zwischen Männer und Väter gestellt die Sabinerinnen den Frieden Roms zu Stand bringen konnten, wird auch merkwürdigerweise bei jenem Scheinraub der Hochzeitsfeste die Entscheidung ganz in den erklärten Willen der Jungfrau gelegt. Wuk in seinem serbischen Wörterbuch schildert s. v. otmitza p. 531 sehr anziehend den Hergang einer wirklichen Entführung; kommt es zur Klage so muß der Räuber mit der Geraubten vor Gericht erscheinen, und dann stellt ihr der Richter die Frage: ob sie gezwungen oder freiwillig (ili sila, ili draga volja) von den Ihrigen gegangen sei? Antwortet sie: gezwungen, und ich möchte nicht mit dem Manne leben, sollte ich auch in Stücke gehauen werden, so steht es schlimm um den Räuber; er muß ins Gefängniß und schwere Buße zahlen. Sagt sie hingegen, was gewöhnlich der Fall ist, nicht gezwungen, sondern gutwillig und ich will mit ihm sein, im Waldgebirg und im Wasser; so wird dem Richter ein Geringes bezahlt, wofür er den Räuber mit den Eltern aussöhnt. Wie nun, wenn ich solche Gebräuche auch in andern Gegenden als rechtliche aufzuweisen vermag und selbst in deutschen? Mit einem altböhmischen Recht will ich beginnen, welches sich zunächst jener serbischen Gewohnheit anreihen kann; es ist erhalten in einer von Andreas von Duba im 14 Jh. abgefaßten Gerichtsordnung, die neulich erst Andr. Kucharski in seinen najdawniejsze pomniki pra-

Digitized by Google

wodawstwa slowianskiego (antiquissima monumenta juris slovenici) Warszawa 1838 herausgegeben hat; ich hebe die betreffende Stelle *) nach der lateinischen Uebersetzung p. 464. 465 aus: de rapina filiae virginis. Si quis pater aliquem in judicio convenire voluerit pro eo, quod filiam ejus virginem rapuit, terna citatione et aliis notificationibus praemissis in judicio querelam suam proponet. Et si tunc citatus dixerit, quia eandem filiam de ejus consensu et bona voluntate recepit, „et hoc volo probare, sicut mihi jus terrae invenerit;" tunc tenetur plebanum vel ejus vicarium, qui eos copulavit producere in testem, qui juratus super evangelio dicet veritatem, si affuerit consensus filiae ejusdem, quando eos copulavit. Et si pater dixerit: „adhuc non credo eam consensisse, sed peto, quod statuatur eadem rapta coram vobis, ut ab ea ipsa audiatis, si ejus affuerit consensus." Tunc eadem de jure statui debet infra sex septimanas et locari in claustro ad sanctum Georgium in castro pragensi apud moniales, ut exspectet ibi judicium primum. In quo judicio *stans inter scamna*, interrogata de praemissis, si confessa fuerit, se eum voluntarie recepisse in maritum, tunc *pater* eidem *filiae* et *ejus marito* citato praedicto mox *capita manu propria debet amputare*. Si vero ipsa negaverit dicens in eum non censensisse; tunc *ipsamet caput amputabit suo marito* eidem. Si vero ipse citatus in termino non comparuerit, tunc contra eundem tanquam pro capite obtento procedetur. Hierauf wird Ähnliches in Bezug auf den Raub einer Witwe verordnet; bekennt sie, ihm gutwillig gefolgt zu sein, so wird der Räuber von der Klage entbunden, sagt sie, daß es gegen ihren Willen geschehen sei: tunc statim eidem rapienti citato *ipsamet caput* tenetur *amputare*, et redire ad dotem suam. Die Frage, ob der Raub geschah mit oder ohne ihren Willen (z jejé wóli, bez jejé wóle) gleicht ganz der serbischen ili sila, ili draga volja; nur das Verfahren ist hier weit härter. Niemals wird ein Vater seiner Tochter und ihrem Geliebten, noch weniger die Entführte ihrem Entführer das Haupt eigenhändig abgeschlagen haben. Es war also beiden nur, wie schon Gaupp richtig anmerkt, die Rache zuerkannt, deren sie sich nimmer bedienten; sie ließen Verzeihung für

*) Sie war früher schon aus der Prager Hs. mitgetheilt von Gaupp Gesetz der Thüringer S. 382. 383.

Digitized by Google

Recht ergehen *). Gerade so verhielt es sich damit, wie nach altdeutscher Rechtsüberlieferung mit den drei ersten Schlägen, welche die Geraubte auf den Pfahl in die Brust ihres Räubers thun sollte. Wer gedenkt dabei nicht des altfränkischen Gesetzes: quod si ingenua ripuaria servum ripuarium secuta fuerit, et parentes ejus hoc contradicere voluerint, offeratur ei a rege seu a comite spata et conucula. quod si spatam acceperit, *servum interficiat* si autem conuculam, in servitio perseveret. Auch da handelt es sich von einer wider den Willen der Eltern eingegangenen Ehe, zwar nicht mit einem Räuber, sondern Knechte, und es wird wiederum der Tochter freigestellt, ihren Gemahl eigenhändig zu tödten oder mit ihm in Knechtschaft zu leben, d. h. das Gesetz will, daß eine Freie, die einen unfreien Gemahl erwählt, ihrer Freiheit verlustig gehe. Wie aber die böhmische Jungfrau zwischen Eltern und Gemahl stehend zu wählen hat, findet sich in einem irländischen Rechtsgebrauch für den Fall, wo auf eine zweimal verheirathete Frau beide Männer Anspruch machen, folgendes bestimmt: their neighbours made this arrangement between them, that both the doors of the house should be set open, that Joyce should stand without seven steps from the streetdoor, and Thady in the garden seven steps from the backdoor, and that she should take her choice. Solch ein in die Mitte stellen gleichsam der selbst unschlüssigen Frau ist aber noch eigentlicher ausgedrückt in einem altspanischen Recht: wenn einer ein Mädchen raubt, und Eltern oder Verwandte auf die Gewaltthat klagen, so muß er die Geraubte herbeiführen und unter Zuziehung von Geschwornen (fieles) wird nun die Jungfrau mitten zwischen den Entführer und ihre Eltern gestellt; geht sie nun zu jenem, so darf er sie ruhig und unangefochten behalten; geht sie aber zu den Eltern und sagt, daß sie gezwungen worden sei, so muß der Räuber als ein Feind aus dem Lande weichen und der König kann ihn richten lassen, wo er ihn erreicht **). Dabei möchte

*) Gaupp a. a. O. 384 erinnert an die lex Julia de adulteriis coercendis, der Vater soll den auf frischer That ertappten Ehebrecher straflos tödten dürfen, wenn er zugleich die Tochter mittödtet.

**) Fuero viejo de Castiella 2, 2: esto es fuero de Castiella, que si un cavallero o escudero, o otro ome, lieva una dueña robada, e el padre o la madre o los ermanos o los parientes se querellan, que

Digitized by Google

man noch eine Spur des gothischen Rechts entdecken, das deutscher wäre, als jene Anordnungen der lex Visigothorum. Zuletzt kann ich aber die der Frau anheim gestellte Wahl wirklich aus deutschen Rechtsquellen des Mittelalters nachweisen. Die Genter Keure von 1192 verfügt, wie folgt (Warnkönig II.a., 15): si quis violenter cum muliere concubuerit, et mulier ipsa, vel parentes ipsius super hoc querelam moverint, mulier in sequestro ponetur consilio schabinorum, neque apud suos neque apud parentes illius; praeco autem cum tribus schabinis illum citabit, ut infra tertium diem justitiae se praesentet. Si venerit, *mulier statuetur in medio;* quae *si ad illum sponte transierit,* liber erit ab omni forisfacto et absolutus. Alioquin (d. h. si ad parentes transerit), capitali sententia punietur. Si vero citatus infra triduum juri non paruerit, sine lege permanebit et omnis possessio ejus confiscabitur. Und in der Keure von Furnes a. 1240 (Warnkönig II.b., 79): qui de raptu mulieris accusatus fuerit, justitia debet eum arrestare et mulierem si invendantur, et debet eos tenere et adjornare ad tertium diem; et si venerint, dabet esse *vir ex una parte et mulier ex altera cum parentibus,* et dicetur mulieri, quod *eat cum illo, si voluerit.* Et si cum illo ierit, liber erit ille, cui raptus imputabatur, et eam debet ducere in uxorem. Si autem *cum eo ire noluerit,* et de raptu conqueratur, fiet de eo justitia, si super hoc fuerit convictus. Praeterea si ad primam diem citationis non venerit, attinctus judicetur ad hoc. Ich vermuthe, daß sich noch mehr solcher Bestimmungen, vielleicht aus nordfranzösischen coutumes beibringen lassen werden.

Eine Reihe manigfacher Rechtsgebräuche, denen allen ich hohes Alter beizulegen geneigt bin, wie es für einzelne gar nicht bezweifelt werden kann, ist an uns vorübergegangen: die Rückerstattung der

---

la levo por fuerça, deve el cavallero o escudero o otro ome aducir la dueña; e el arreguado, deven venir el padre o los ermanos o los parientes, e deven sacar fieles, e meter la dueña en comedio del cavallero e de los parientes. e si la dueña fuer al cavallero, deve la levar e ser quito de la enemistat; e si la dueña fuer a los parientes e dijier, que fue forçada deve ser el cavallero o escudero enemigo dellos, e deve salir de la tierra, e si el rey lo podier aver, devel justiciar


Digitized by Google

einzelnen Kleidungsstücke mit besonderer Composition, das Gericht am Haus bei der Dachtraufe und an den Schiffspfählen, die Enthauptung alles Lebendigen im Raubhause, das Niederbrechen oder Brennen desselben, der eigenthümlich geordnete Zweikampf der Frau und des Mannes, die drei Schläge, die sie auf den Pfahl durch seine Brust thun, die Wahl, die ihr zustehen soll, mitten zwischen Ehmann und Vater gestellt, jenem zu folgen oder das Leben zu nehmen. Ein Widerspruch ist in diesen Vorschriften nicht; es ließe sich annehmen, daß neben den Geldbußen auf die eine oder andere Weise über das Geschick der Geraubten entschieden wurde. Buße, Bann und Enthauptung waren allein praktisch, das Übrige ist fast nur Nachwirkung althergebrachter Rechtsgewohnheiten, deren Ursprung sich nicht mehr ermessen läßt. Drei Grundsätze durchdringen aber das ganze Verfahren des altdeutschen Rechts von der Notnunft: ihre Sühnbarkeit durch Composition, die Statthaftigkeit einer Ehe zwischen Räuber und Geraubter, Strenge gegen die Helfer und Hehler.

---

Digitized by Google

## II.

# Über Papiere auf den Inhaber.

Von

Dr. Ludwig Dunker,

Syndicus der Universität zu Marburg.

---

### §. 1.

### Vorwort.

Das griechische und römische Alterthum kennt einzelne Verhältnisse, in denen an den Besitz eines gewissen Zeichens (einer Marke oder eines Täfelchens) bestimmte Befugnisse in der Weise geknüpft waren, daß jedem Inhaber die Ausübung derselben zukam. Das älteste mir bekannte Beispiel der Art bietet das den athenienſischen Richtern gegebene Symbolum dar. Jeder Richter zu Athen erhielt nämlich zu seiner Legitimation ein mit seinem Namen und der Nummer der Abtheilung, welcher er für dieses Jahr angehörte, versehenes Täfelchen; daneben wurde demselben bei dem jedesmaligen Eintritt in den Gerichtshof eine Marke (σύμβολον) gegeben, gegen welche seit Perikles aus einer bestimmten öffentlichen Kasse der Gehalt ausbezahlt wurde. Gegen dieses Symbolum erhielt der Vorzeiger die fällige Gehaltsquote [1]). Aus dem römischen Alterthum sind bekannt genug die als Missilien ausgeworfenen Täfelchen, deren Vorzeiger dasjenige, was darauf verzeichnet stand, erhielt [2]). Endlich gehören hierher die römischen Theaterbillets, wie sie unlängst in Pompeji aufgefunden sind [3]).

---

1) Hermann, Lehrb. der griech. Staatsalterth §. 134 (2te Ausg.)

2) Cilano, römische Alterth. B. 2 S. 576 ff.

3) Nach dem von *Romanelli* viaggio a Pompei p. 1. pag. 2.6. mitgetheilten Abdruck war das aufzuführende Stück und der Platz darauf verzeichnet.

Digitized by Google

Daß die Missilien als Urkunden au porteur (im weitern Sinne) angesehen werden können, hat auch schon Bender [4]) bemerkt; dagegen kann ich demselben nicht beipflichten, wenn er aus *Juvenal.* sat. 7. v. 174.

Summula ne pereat, qua vilis tessara venit
Frumenti-

den Schluß zieht, daß die *tessara frumentaria* gleichfalls au porteur gelautet habe; denn diese Stelle sagt nur, daß die Anweisung auf das unter das Volk zu vertheilende Korn erkauft werden konnte, wovon auch in den Pandekten Beispiele vorkommen [5]). Vielmehr scheint aus *Pers.* sat. 5. v. 73 seqq.

Libertate opus est, non hac, qua quisque Velina
Publius emeruit, scabiosum tesserula far
Possidet.

gefolgert werden zu müssen, daß der Name des Empfängers und der Tribus, welcher er angehörte, auf der tessara frumentaria angegeben war. Es läßt sich auch daraus, daß die Kornvertheilungen nur an römische Bürger geschahen, schließen, daß die tessara frumentaria nicht lediglich jeden Vorzeiger zur Empfangnahme berechtigt habe, weil, wenn dieses der Fall gewesen wäre, auch jeder Andere das Getraide hätte erhalten können [6]) *).

Dagegen ist es nicht zu bezweifeln, daß auf den Inhaber lautende Urkunden im heutigen Sinne den Römern unbekannt waren. Für die Art der Schuldverschreibungen, in welchen einzig und allein auf den Vorzeiger als Gläubiger hingewiesen ist, kann dieses mit Gewißheit behauptet werden, da die Verpflichtung gegen einen nicht individuell bezeichneten Gläubiger den Grundsätzen des römischen Obligationenrechts geradezu widerstreitet [7]). Aber auch von der andern Art der Papiere auf den Inhaber, in welchen dieser neben einem bestimmten Gläubiger vorkommt, wird ein Gleiches angenommen werden müssen, obwohl in diesem Falle ein solcher Widerspruch mit dem

---

4) Die Lotterie S. 8. Not. 1.

5) l. 52. §. 1. D. de jud. (5. 1.) l. 49 § 1. l. 87. de legat. II. (31)

6) *Naudet* des secours publics chez les Romains in den memoir. de l'acad. roy. des inscript. t. 13. (1838) p. 42. 64.

*) Das Obige habe ich schon in Richter's und Schneider's kritischen Jahrb. Jahrg. 1839. S. 243 gesagt.

7) Mühlenbruch, Cession S. 458 der 3ten Ausg.

Digitized by Google

römischen Rechte nicht vorhanden ist, indem man den Vorzeiger der Urkunde als solutionis causa adjectus, Mandatar oder Cessionar des genannten Gläubigers, behandeln könnte. Es kommt hier nur darauf an, ob man nach den Grundsätzen des römischen Rechtes annehmen darf, dasselbe habe es zur Nachweisung des von diesen, als Procuratoren (des genannten Gläubigers oder in rem suam) auftretenden, Personen geltend gemachten Mandatsverhältnisses [8]) für hinreichend gehalten, wenn dieselben eine Urkunde vorgewiesen hätten, welche theils auf einen bestimmten Gläubiger, theils auf den Inhaber ausgestellt war. Dieses aber wird geleugnet werden müssen.

## §. 2.

## Aelteres deutsches Recht.

In den ältern deutschen Rechtsquellen kommen die auf den Inhaber lautenden Urkunden sehr häufig vor, und zwar in einer viel frühern Zeit, als man bisher anzunehmen geneigt war. Bender [9]) hat freilich schon nachgewiesen, daß dieselben in den Schriften der Juristen des 16ten Jahrhunderts als eine ganz bekannte Sache erwähnt worden; allein diese Art der Verbriefungen ist schon im 14ten Jahrhundert nicht selten. Das älteste mir bekannte Beispiel ist eine Urkunde von 1306:

1. *Mon. Boica*, t. 18. N. 47. p. 47.
   Ich swester H. div aptissinne der swestern sant Claren ordens in Munichen vnd aller der covent verihen — daz man swester Perhten hat geschaft ein almuosen ahtzehen phvnt mvnicher phenning vnd die hat man geleget an daz gvot ze T. daz wir von dem E. haben gekavft vnd swaz div ahtzehen phvnt geltent daz sol swester Perth niezzen vntz an iren tot — vnd swenne si gestirbet so ist ez des closters lediglichen anne alle ansprache, vnd nach irem tode so sol man elliv jar ein phvnt dem covent ze einem trost geben ze irs vater jarzit vnd die sollen wir begen an dem tag als si ist vnd ob man des niht en tät an dem tag so sin jarzit ist, oder darnach in vierzehen tagen so ist der Bruoder der dez closters maister

8) wegen des solut. causa adjectus s. Brandis im neuen rhein. Mus. Th. 1. S. 306 ff.

9) Staatspap. S. 167. N. 1. (2te Aufl.)

Digitized by Google

ist dar zvo gebvnden daz er in kein kirchen komen sol vntz daz er daz ein phvnt her ein git, vnd swer div hant veste inne hat, dem sol man die gvlt antwurten die weil swester Perth lebet.

II. Urk. v. J. 1307. Daselbst N. 51. p. 50.

Ich swester H. (wie in der vorstehenden Urk. bis covent) vergehen vnd tvon chvnt allen den die disen brief sehent oder horent lesen daz swester D. vnser servicial hat geben sehs phvnt mvnicher phenning an dem gvot ze T. — vnd swaz die sehs phvnt geltent daz sol si niezen vnz an iren Tot vnd swer die Hantfest inhab dem sol man die Gvlt antburten jaerichleichen an alle ansprach vnd sol man iz denne nach ir tot in daz siechhavs geben den swestern ze einem Trost.

III. Nach einer Urk. vom J. 1334. (Das. t. 18. N. 133. p. 133) wird eine Rente aus einem Grundstücke an eine Nonne verkauft, nach deren Tode die Rente dem Kloster zufallen soll; darauf heißt es:

> Ez ist auch getaedingt vnd gestaet swenn Swester E. (die Käuferin) — gestirbt so sal danne Ewigleichen der Convent der chlosterfrawen — die — gvlt ein nehmen — alz der brief sait vnd swer den brief inne hat mit der Chlosterfrawen wille, dem sein wir (die Verkäufer) gepunden [10]).

IV. Ferner wird nach einer Urk. vom J. 1360. (Das. t. 24. N. 7. p. 14) eine Rente verkauft:

> — dem beschaiden man E. — seiner hausfrawen vnd allen iren erben, oder swer den brief inne hat (mit) irem guten willen.

Die über einen Rentenkauf aufgenommenen Urkunden sind aber nicht die einzigen, in welchen neben dem urspünglichen Gläubiger auch der „Inhaber" erwähnt wird; es findet sich diese Formel auch in Verbriefungen über andere Schuldverhältnisse. So verspricht in einer Urkunde vom Jahr 1348 der Pächter eines Zehnten des Klosters Reichersberg, während der auf sechs Jahre gesetzten Pachtzeit den Pachtzins richtig abzuführen. Dabei heißt es:

10) Vergl. M. B. t. 18. N. 86. p. 84. a. 1316; t. 26. N. 341. p. 369. a. 1422.



Digitized by Google

V. — **Wer auch** den Brief mit irem (der Verpachter) **willen innhat**, der hat alle di Recht die oben an dem Brief verschrieben stent. (Das. t. 4. N. 68. p. 471.)

In einem gleichen Falle vom Jahr 1381 heißt es:

VI. — **Wer auch den Brief von iren wegen inn hat**, und uns damit vermont, dem sey wir alles des schuldig und gepunden, das oben in dem Brief geschrieben stet. (Das. t. 4. N. 76. p. 481.)

Eben so gibt ein Erbpächter 1434 das Versprechen:

VII. Ich Ch. — mein Hausfraw vnd all vnser erben — bechennen — mit dem brief alls von solcher erbrecht wegen die vns der — S — auf seinem gut — verlihen — das wir im seiner Hawsfrawn vnd allen iren erben **oder wer den brief von iren wegen vnd mit irem willen in hat** allew Jar — zw rechter gattergult dauon dienen geben vnd antworten sollen — sybentzehen schilling (M. B. t. 18. N. 339. p. 393).

In einer Urkunde vom Jahr 1360 verspricht der Verkäufer die Währschaft, darauf heißt es:

VIII. — Ob wir auch mit in (den Käufern) ze chrig würden, vnd darvmb mit in ze reht chomen, iz wer vor geistleichen oder wertleichen rehten, daz süllen si allez wehabt vnd gewunnen haben, vnd wir verloren. **Swer auch den brief inn hat vnd für pringt** mit irem gutleichen willen vnd gvnst, der sol alli di reht haben, di oben sint verschriben als ganzleich als si selben [11]). (M. B. t. 26. N. 202. p. 172.)

Auch ist schon vom Jahr 1316 eine Proceßvollmacht für den Vorzeiger vorhanden:

IX. Ich bruder Vlrich Gardian ze Ingolstat mit gemainer gunst dez Conuentes — tun kunt allen den di disen brieb werdent ane sehende daz wir bruden H. — **oder swer der ist, der disen brief zaiget**, geben vnser gunst vnd ganzen gewalt ze gewinnen vnd ze verlust die sache ze füren vnd ze handeln vnd ze enden vmbe daz sele gereite — — (M. B. t. 18. N. 88. p. 87.)

---

11) Der Brief inhaber kommt in den Urkunden des Klosters Schönthal in diesem Zusammenhange fast ganz stehend vor, z. B. N. 209. p. 183. a. 1366; N. 219. a. 1377; N. 222. a. 1378; N. 225. a. 1378. N. 227. a. 1379; N. 235. a. 1381; N. 245. a. 1387.

Digitized by Google

In den meisten Urkunden wird nicht der Inhaber schlechthin erwähnt, sondern derjenige, welcher mit Beistimmung der in der Verbriefung genannten Person die Urkunde innehabe und vorzeige. Hin und wieder fehlt aber auch dieser Beisatz. Hierher gehört eine Urkunde vom Jahr 1356.

X. (Wir bekennen) dass Wir verkaufft han — dem J. v. B. zehen Pfundt Heller Gelts jerlicher Gult — Were es nuhn dass dem vorgenannten J. oder dem der diesen brief inhait das obgenannt Geld — nit enwurde so mogen sie — daruor pfenden. Vns hat auch der vorgenant J. fur sich vnd all sein Erben vnd für die die dissen Prief inhetten zu den Zeitten die Freundschaft zu liebe gethan wann — Wir oder vnser Erben kommen vnd bezalen dem vorgenannten J. oder dem der diesen Brieff hat, Anderthalbhundert Pfundt heller — so sullen sie Vns die egenannten zehen Pfundt Heller Geldes zu Wiederkauff ledig vnd loiss sagen. (*de Guden.* cod. dipl. t. 5. N. 64. p. 818.)

In allen diesen Urkunden ist der Inhaber neben einer bestimmten Person erwähnt; dagegen scheinen diejenigen Verbriefungen, welche einzig und allein auf den Vorzeiger lauten, der Zeit, von welcher hier die Rede ist, gänzlich fremd zu sein. Mir ist nur eine einzige Urkunde vom Jahr 1378 vorgekommen, welche für das Gegentheil angeführt werden könnte:

XI. Ich bruder Albrecht prior ze München vnd aller Conuent — tun chunt, — daz wir — versprochen haben in guten drewen daz wir vnd vnser nachommen ewigleichen der erwigen frawen Walpurgen — die yn vnser kloster leid Iren Jartag hegen sullen an sant Thomen tag — dar vmb wir enphangen haben Sechs schillingen — Wer aber daz wir oder vnser nachkomen den vorgenanten Jartag auf die vorgenanten zeit nicht wegingen — so sullen wir oder vnser nachkomen — IX dn Muncher geben den siechen auf das Gastaig zv einer puzz — vber daz versprechen wir in disem brief vnd pey vnserm gehorsam. vnd wer dann den brief ynn hat dar zu sy vns wetwingen mugen mit geystleichen rechten. (M. B. t. 18. N. 216. p. 237.)

Wer das Anniversarium für die Walpurgis, welche in dieser



Digitized by Google

Urkunde als schon gestorben erwähnt ist, gestiftet hat, wird nicht gesagt; es wird aber jedem Inhaber das Recht gegeben, das Kloster zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu nöthigen. Es läßt sich jedoch aus diesem Falle nicht der Schluß ziehen, daß auch in Schuldverhältnissen des bürgerlichen Verkehrs einzig und allein auf den Vorzeiger hinweisende Urkunden im Gebrauch gewesen seien [12].

Die Befugnisse des Inhabers der Urkunde können nach der verschiedenen Fassung derselben verschieden sein, so daß er entweder als bloßer Mandatar des genannten Gläubigers oder als Rechtsnachfolger desselben angesehen werden muß. In beiden Fällen war er aber durch die Innehabung der Urkunden allein hinreichend legitimirt, wie es der klare Wortverstand derselben mit sich brachte. Der Inhaber muß aber dann als Mandatar angesehen werden, wenn bei verkauften Renten nur eine bestimmte Person und deren Erben als Käufer genannt sind, und im Verlauf der Urkunde blos hinzugefügt wird, daß sie und derjenige, welcher den Brief innehabe, den säumigen Besitzer des belasteten Grundstücks pfänden könn-

---

12) Um denjenigen, welche Seelenmessen 2c. gestiftet haben, die feste Ueberzeugung zu verschaffen, daß dieselben fortwährend gehalten werden, übernimmt der Vorstand des Klosters, für den Fall des Versäumnisses, mancherlei Verbindlichkeiten, z. B. nicht in die Kirche zu gehen und zu fasten (vergl. oben I. und M. B. t. 24. N. 29. p. 341. a. 1308; t. 26. N. 367. p. 404. a. 1437; t. 18. N. 121. p. 120. a. 1327.) oder eine Strafe zu zahlen (M. B. t. 18. N. 326. p. 381. a. 1426). Auch ist zu wissen vnd zu merken ob das wär daz wir den obgenannten Jartag versavmten oder versessen vnd den nicht wegingen oder hielten. So sein wir In (den Stiftern) vnd iren erben oder wer den brief mit irem willen Jnnhat schuldig vnd auch veruallen geben zu pen ain halb pfund muncher pfening. (Vergl. M. B. t. 26. N. 183. p. 152. a. 1354. N. 190. p. 159. u. 1356). Diese Sicherheit gewährte aber dem Stifter erst der Umstand, daß dem Inhaber der Urkunde gestattet wurde, das Kloster zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit anzuhalten, indem es als eine Gewissenspflicht desselben angesehen werden konnte, daß er das ihm in der Urkunde beigelegte Recht auch wirklich geltend mache. Vielleicht ist der Ursprung des Gebrauchs, den „Inhaber" in der Urkunde zu nennen, hier zu suchen, und dann auf die Verhältnisse des gemeinen Verkehrs übertragen worden.

Digitized by Google

ten [13]); denn diese Pfändung konnte der Rentenkäufer auch durch einen Bevollmächtigten ausüben lassen [14]), welcher sich natürlich als solchen ausweisen mußte. Soll nun die Erwähnung des Inhabers der Urkunde in dem obigen Zusammenhange eine rechtliche Bedeutung haben, so kann es nur die sein, daß er sich ohne alle weitere Nachweisung durch die Vorzeigung der Urkunde allein legitimiren konnte. Eben so scheint in den unter I. und II. abgedruckten Urkunden der Inhaber nur ein Bevollmächtigter zur Annahme der Rente zu sein.

In dem Falle dagegen, wo neben einer genannten Person und deren Erben auch der Inhaber der Urkunde als Käufer der Rente (IV) oder wo im Anfange der Verbriefung nur ein bestimmter Gläubiger und dessen Erben genannt sind, darauf aber weiter hinzugefügt wird, daß auch der Inhaber dieselben Rechte wie sie haben sollen, (V. VI. VII. VIII.) ist letzterer als eigentlicher Gläubiger anzusehen. Daß durch eine solche Wendung der Inhaber nicht etwa als bloßer Mandatar des genannten Gläubigers bezeichnet werden soll, läßt sich durch mehrere Gründe darthun. Zuerst gehört hierher eine Urkunde vom Jahr 1393 in welcher der Getreuhänder von dem Inhaber genau unterschieden wird:

XII. Wir Ulrich — Gravo und Herre zu Hansteyn met allen unsen Erben bekennen — dasz — die ganze Gemeyne — unszis Fleckis zu der Nuwenstad — met uns unde vor unss und unszir wegen vor 20 Margk lōtiges Sibers — die uns und unszir Flecke zu der Nūnstad — bezalet sind — verkaufft haben — met macht diszes Brives zwo Marg — jerlichs Zinses an unser vorgenannten Flecken — deme Ersame Herrn Ern Hennynge von Salza zunt Techant zu Jechaburg unde zu getruwer hand wer her kore oder kisende worde oder weme her dissen selbigen jerlichen Zinss bescheidete oder gebe her were geistlich oder wertlich der diszen Briff met synem willen und guter kuntschafft inne hette, den egenantin Zinss globin wir alle mit samtir Hand

---

13) M. B. t. 21. N. 16. p. 271. a. 1358; N. 41. p. 78. a. 1420; N. 79. p. 201. a. 1469.

14) M. B. t. 21. N. 22. p. 282. a. 1395; N. 35. p. 337. a. 1480; N. 79. p. 201. a. 1469.

Digitized by Google

— zu geleistene — dem vorgenanten Käuffere H. v. S. synen Getruhendern, odir wer diszen Briff von öme hette — doch met solchen Willekehre undę Undirscheide, dass wir odir unsze Nachkommen — diszen zinsz wedir abekauffen odir dasz da obgenantir käuffir sine Getruhender oder wer diszen Brif innehette — diszen selbigen jerlichen zinsz wedir verkauffen wolden, das sullen sü uns, odir wir — öm vor Sente Michahelis tage eyn Virteyl Jares zuvore verkündigen. — (Würdtwein, dipl. Mogunt. t. 1, N. 101.)

Daß der Inhaber als Rechtsnachfolger des genannten Gläubigers anzusehen sei, ist aber auch deßhalb nicht in Zweifel zu ziehen, weil er mit dem, auf welchen der genannte Gläubiger sein Recht übertragen würde, ganz gleich behandelt wird. Sehr oft wird, was sich aber auch von selbst verstand, dem Rentenkäufer in der Vertragsurkunde gestattet, den gekauften Zins weiter zu verkaufen [15]). Daß nun bei dem weiteren Verkaufe der Rente der erste Kaufbrief dem neuen Käufer übergeben wurde, war ganz natürlich [16]). Die bloße Innehabung der Urkunde, in welcher nur ein bestimmter Gläubiger genannt war, konnte aber den Vorzeiger als Rechtsnachfolger

---

15) So versprechen z. B. die Verkäufer einer von ihnen auf ihren Hof constituirten Rente: — Vnd denselben — Ewigen gelt sullen wir oder vnser Erben oder swer der Egenanten Hoff — in hat, in (den Käufern) oder iren Erben oder wenn (wem) si den egenanten Jaerigen gelt verchauffent, gebent oder verschaffent — geben (M. B. t. 21. N. 1. p. 1. a. 1340.) Vergl. M. B. t. 24. N. 203. p. 270. a. 1485.

16) M. B. t. 2. N. 224. p. 52. a. 1398. Ich — (und) mein Hausfraw veriehen — Dass wur — aufgeben und eingeantwurtt haben unsern Brief, den wur hetten von E. den Spillperger und seinen Erben, der der lautt 80 Fl. und ain Pfund Amberger unserm — Herrn Abbt — ze Rot — also mit der beschaiden, das wur noch kein unser Erb nach dem vorgenanten gelt, noch brief nichts ze fordern haben — Und sagen des den vorgen. Spilberger ledig und los, dass er das vorg. gelt dem Gotshaus ze Rot raichen und geben scholl. Vergl. das. t. 26. N. 391. p. 447. a. 1447; t. 12. N. 114. p. 263. a. 1468.

Digitized by Google

desselben nicht legitimiren, weshalb derselbe die auf ihn geschehene Uebertragung des Rechts noch besonders nachweisen mußte. Dieses war nur dann nicht nöthig, wenn beide Contrahenten dahin übereingekommen waren, den Inhaber der Urkunde als Nachfolger des Gläubigers anzuerkennen. Daher wird in der nachstehenden Urkunde vom Jahr 1482 der Inhaber geradezu als derjenige bezeichnet, auf welchen der genannte Rentenkäufer sein Recht übertragen hat.

XIII. (Wir bekennen) das wir — zu kauffen geben — dem I. S. seiner Elichen Hausfrawen vnd allen Iren Erben oder wem sy es vergunden mit namen drei schilling — ewiger vnd Jerlicher gatter gullt — Hierauf so geloben — wir — das wir vnd vnnser Erben In vnd iren Erben oder wer den brieff mit Irem gutten willen Inn hat — dy benannten drey schilling — antwurten — sullen vnd wellen. — — Sy (die Käufer) haben auch gewalt vnd gutt recht albeg die drey schilling — widerumb ainen anderen zuuersetzen zuverwechseln zuuerkauffen vnd zuuermachen und wem sy sollichs vergunden vnd vnns alsdann mit disem brieff ersucht, dem sein wir alles das verflicht vnd verpunden mit aller Innhallt ditz brieffs als In selbs, doch mit vorbehalltung vnnsers ewigen widerkauffs — vnd was wir all vnser Erben oder anders yemants von vnnsern wegen mit In oder wer ye dann disen brieff mit Irem gutten willen innhatt wider all Inhallt ditz brieffs anfengen kriegten tagten furkomen oder rechten auf geistlichen oder wertlichen oder anndern gerichten — das geben wir In vorhin an aller statt recht behabt vnd gewunnen vnnd vns — vnrecht vnd verloren. (M. B. t. 17. N. 48. p. 375).

Hiermit stimmt auch die unter XII abgedruckte Urkunde überein. Es macht übrigens keinen Unterschied, ob schlechthin derjenige, welcher die Urkunde vorzeigt, oder derjenige, welcher dieselbe mit des genannten Gläubigers Willen inne hat, (der getreue Inhaber) erwähnt ist; denn hätte man in dem letzten Falle noch den Beweis der Uebertragung verlangen wollen, so wäre die Anführung des Inhabers in der Urkunde ganz bedeutungslos gewesen; daher wird auch in den Urkunden XII und XIII abwechselnd auf den Inhaber und den getreuen Inhaber hingewiesen.

Digitized by Google

So wie nun der Inhaber der Urkunde nur die dem genannten Gläubiger zustehenden Rechte als dessen Rechtsnachfolger auszuüben hat, so muß er auch die dem Schuldner beigelegten Befugnisse seinerseits anerkennen; wenn also der Käufer einer Rente dem Verkäufer die Wiedereinlösung gestattet hatte, so mußte auch ihr Inhaber sich dieses gefallen lassen, was auch in der Regel demselben ausdrücklich zur Pflicht gemacht wird. So bedingen sich die Verkäufer einer Rente, die der Käufer an eine Capelle gestiftet hat, in der darüber aufgesetzten Urkunde vom Jahr 1474 aus:

XIV. — Doch welches Jars — wir den widerkauf tun wellen so sullen wir das ainem yeden Caplan — tzu wissen tun vns sol auch alsdan der selb Caplan oder wer den prief Innhat und den gellt einnymbt, solichs ewigs Järlichs widerkauffs — nit wider sten [17]). (M. B. t. 21. N. 25. p. 324).

## §. 3.

### Uebergang auf das heutige Recht.

#### 1) Von denjenigen Papieren, in welchen der (getreue) Inhaber neben einem bestimmten Gläubiger erwähnt ist.

Der Gebrauch, neben einem bestimmten Gläubiger auch den „Inhaber" der Urkunde anzuführen, wurde durch das römische Recht nicht verdrängt; vielmehr reden die Juristen des 16. Jahrhunderts sehr oft von solchen Schuldverschreibungen, als einer besonders unter Kaufleuten üblichen Art der Verbriefungen. Jedoch haben diese Juristen, deren Urtheil durch die Grundsätze des römischen Rechts gefangen gehalten wurde, die einfachen Regeln des ältern deutschen Rechtes nicht anerkannt. Die Rechtslehrer jener Zeit streiten nämlich nicht darüber, ob der neben einer bestimmten Person angeführte Inhaber als Gläubiger anzusehen sei; denn daß er als solcher nicht gelte, ist ihnen ganz ausgemacht, sondern nur darüber, in welchem Verhältnisse er zu dem in der Verschreibung genannten Gläubiger stehe; also darüber, ob der Inhaber ein bloßer *solutionis causa adjectus* sei, so daß der Schuldner gültig an ihn zahlen könne,

---

17) Vergl. die Urk. X. XII. und Günther, cod. Rh. Mos. t. 3. N. 301. a. 1344.

Digitized by Google

oder ob der Inhaber, ohne weiteres Mandat, auch zur Anstellung der Klage als Proceß-Prokurator zugelassen werden könne. Die ältern Juristen gehen fast ohne Ausnahme von der Ansicht aus, daß nach den noch anzuwendenden Grundsätzen des römischen Rechtes einem nicht stipulirenden Dritten eine Forderung nicht erworben werden könne [18]; wenn daher neben dem Gläubiger noch ein Dritter genannt werde, so sei dieser blos als solutionis causa adjectus zu behandeln, welcher freilich gültig Zahlung annehmen [19], aber nicht als Kläger auftreten könne [20]), weil er kein eigenes Recht habe. Um aber mit der Praxis nicht in Widerspruch zu treten, in welcher, wenn neben einem bestimmten Gläubiger auch der Inhaber genannt war, dieser von jeher als Kläger zugelassen wurde, (was in den Urkunden auch öfters ausdrücklich hervorgehoben ist XI. XIII.), ließen sie die Limitation gelten, daß in einem solchen Falle angenommen werden müsse, daß die Urkunde dem jedesmaligen Inhaber zum Zwecke der Klagenstellung von dem darin genannten Gläubiger übergeben sei [21]); so daß der Inhaber nicht blos als solutionis causa adjectus behandelt werden könne, ihm vielmehr auch die Anstellung der Klage zu gestatten sei, jedoch nur als einem vermuthlichen Mandatar des genannten Gläubigers [22]); und zwar reiche die Innehabung der Urkunde allein hin, ihn als solchen zu legitimiren, ohne daß er seinen Erwerbtitel nachzuweisen, oder auch nur wegen der Genehmhaltung zu caviren brauche [23]). Einige Juristen [24]) wollen jedoch die Ausnahme machen, daß die

---

18) l. 38. §. 17 de V. O. (45. 1.) l. 11. de O et A. (44. 7).

19) l. 7. §. 1. de const. pec. (13. 5.) l. 56. §. 2. de V. O. (45. 1.) l. 12. de sol. (46. 3).

20) l. 7. §. 1. cit.

21) Scaccia, de commercio et cambiis §. 2. gl. 2. n. 36. seqq. Coler, de processibus execut. p. 2. c. 2. n. 77.

22) Straccha, de adjecto p. 4. p. 8. Scaccia l. c. §. 2. gl. 7. n. 55. Mantica, de tac. et amb. conv. lib. 7. tit. 9. n. 7. Damhouder, prax. rer. civ. c. 97. et 133.

23) Gallus, quaest. Paris. 9. 4. Boerius, decis. Burdig. d. 154. n. 9. Rebuff, tract. de literis obligat. art. 1. gl. 9. n. 34. (in t. 1. comment. in constitut. seu ordinat.) Straccha l. c.

24) Straccha l. c. n. 12. Coler, l. c. n. 54. Cothmann, respons. juris seu cons. t. 2. c. 54. n. 49.

Digitized by Google

für den Inhaber sprechende Vermuthung nicht durch besondere Verhältnisse, welche den Erwerb der Schuldverschreibung wider den Willen des Gläubigers wahrscheinlich machten, entkräftet werden dürfte, weßhalb z. B. ein „domesticus," da er die Urkunde leicht entwendet haben könne [25]), nicht einmal gegen Cautionsleistung als Kläger zuzulassen sei. Auf diese Weise glaubte man die dem Inhaber der Urkunde zustehenden Befugnisse mit den Grundsätzen des römischen Rechtes in Einklang bringen zu können, und nur Cothmann [26]), welcher in einem interessanten im Namen der Juristen-Facultät zu Rostock 1597 ausgearbeiteten Gutachten die dem Inhaber der Urkunde zustehende Klage gegen die aus dem römischen Rechte zu entnehmenden Zweifel zu vertheidigen sucht, fügt den mancherlei Gründen auch die beiläufige Behauptung bei, daß man nach dem Gewohnheitsrechte einem Dritten eine Forderung geradezu erwerben könne; während Rebuff [27]) der Ansicht ist, schon wegen des Ausspruchs des Prätors in l. 7. §. 7. de pactis (2. 14) könne der Inhaber der Urkunde gegen den Schuldner klagen, da sich derselbe dem Vorzeiger ja ausdrücklich verbindlich gemacht habe. Darauf legen übrigens diese Juristen meistens kein Gewicht, ob die Verschreibung den Inhaber, oder den getreuen Inhaber nennt [28]), weil schon daraus, daß der Gläubiger die Urkunde ausdrücklich auch auf den Inhaber habe stellen lassen, gefolgert werden müsse, daß letzterer dieselbe mit des genannten Gläubigers Willen innehabe [29]), und auch ein Delict nicht vermuthet werde [30]).

Bei den spätern Juristen ist aber die Ansicht die herrschende geworden, daß der Inhaber einer solchen Urkunde als Cessionar des genannten Gläubigers anzusehen sei, daß jedoch jener, wenn in der Urkunde der getreue Inhaber angeführt werde, durch den bloßen Besitz derselben nicht legitimirt sei, sondern die Cession beweisen müsse, was ja auch den Worten der Urkunde („getreuer Inhaber")

---

25) Ludov. Romanus, consil. c. 446. n. 6.

26) L. c. n. 87.

27) L. c. n. 33.

28) Marquard, tr. de jure mercator. lib. 2. c. 14. §. 4. Cothmann, l. c. n. 37. seqq. cons. 89. n. 17.

29) Cothmann, l. c. n. 79.

30) Gallus et Boerius ll. cc. Rebuff, l. c. n. 34.

Digitized by Google

entsprechend sei [31]. Mühlenbruch [32]) hat sich mit Recht gegen diese Ansicht erklärt; denn wenn man, weil die Urkunde auf den getreuen Inhaber lautet, von dem Vorzeiger noch den Beweis der an ihn geschehenen Cession verlangt, so erscheint die Erwähnung des getreuen Inhabers ganz bedeutungslos; dieses verstößt aber gegen die bekannte Interpretationsregel, daß bei einem Vertrage kein Wort als überflüssig anzusehen sei. „Bei den an Ordre gestellten Wechseln," sagt Mühlenbruch, „darf ein äußeres Zeichen der Uebertragung („für mich an N.") nicht fehlen, wenn gleich eine förmliche legitimatio ad causam durch Constatirung der Aechtheit des Indossaments nicht erforderlich ist. Mehr aber als dieses ist auch bei Uebertragung der auf den getreuen Inhaber lautenden Papiere nicht nöthig; diese Clausel drückt nur aus, was sich ohnehin von selbst versteht, daß ein unredlich erworbener Besitz — das Recht die Realisirung des Papiers zu verlangen, ausschließt." Aber auch diese deßhalb ganz leere Formalität, weil der Inhaber selbst die Uebertragung in der Urkunde bemerken könnte, ist aus dem von Mühlenbruch angegebenen Grunde nicht für nothwendig zu halten. Der in den Wechseln vorkommende Zusatz „auf Ordre" ist übrigens mit der Formel „an den Inhaber" nicht gleichbedeutend. Wenn man nämlich auch die von Mühlenbruch [33]) angenommene Ansicht vieler Juristen, daß ein Wechsel nur dann indossirt werden könne, wenn derselbe ausdrücklich „auf Ordre" laute, während ohne diesen Beisatz nur eine Cession statthaft sei [34]), als richtig gelten lassen will, so wird doch offenbar durch die Formel „auf Ordre" der Wechsel in kein Papier auf den Inhaber verwandelt; vielmehr hat der Indossatar ungeachtet jenes Beisatzes die auf ihn geschehene

---

31) Coler, l. c. n. 68. et 77. Carpzov, p. 1. const. 17. def. 33 Mevius, p. 8. d. 236. a Sande, de actionum cess. c. 2. n. 17. Huber, prael. ad Pand. lib. 17. tit. 1. §. 5. Cons. Tubing. t. 8. c. 20. n. 63. Engau, decis p. 2. d. 117. n. 2. Pufendorf, t. 4. obs. 218. de Cramer, t. 2. observ. 444. Müller, promt. v. Briefsinhaber. Glück, Com. Th. 16. S. 440.

32) Ceff. S. 459.

33) A. a. O. §. 19.

34) A. M. Eichhorn, Einl. §. 135. Mittermaier, Deut. P. R. §. 337.

Digitized by Google

Uebertragung der Forderung des Remittenten (Indossanten) nachzuweisen; daß aber diese Nachweisung durch die auf den Wechsel gesetzte Bemerkung des Remittenten: „für mich an N" bewirkt werden kann, ohne daß eine Constatirung der Aechtheit des Indossaments nöthig ist, ist nicht eine Folge des Beisatzes „auf Ordre," sondern der durch den Zweck des Wechsels gebotenen möglichsten Erleichterung der Uebertragung der ihm zum Grunde liegenden Forderung. Was daher bei (den auf Ordre gestellten) Wechseln gilt, kann auf Urkunden, die auf den Inhaber gehen, nicht angewendet werden; weßhalb denn auch zwischen den auf die Ordre des Remittenten lautenden Wechseln und denjenigen, welche auf den Remittenten und den Inhaber gestellt sind, der Unterschied ist, daß der Inhaber bei diesen durch den Besitz des Wechsels allein legitimirt ist, während bei jenen die wechselmäßige Uebertragung durch das Indossament geschehen muß.

Die Ansicht, welche oben als die des ältern Rechts entwickelt worden ist, daß nämlich der Inhaber einer, neben dem bestimmten Gläubiger auch den Inhaber oder getreuen Inhaber nennenden, Urkunde, sofern die Fassung derselben nicht entgegen ist, als Cessionar anzusehen und durch den Besitz der Urkunde allein als solcher hinreichend legitimirt sei, bis gegen ihn der Beweis des widerrechtlichen Erwerbs erbracht worden, ist, da die Natur des ganzen Verhältnisses darauf hinleitet, auch für das heutige Recht geltend zu machen.

## §. 4.

### 2) Von denjenigen Urkunden, welche einzig und allein den Inhaber als Gläubiger angeben.

Ueber das Alter derjenigen Urkunden, in welchen nur der Vorzeiger als Gläubiger erscheint, kann ich nicht so ausführliche Nachweisungen geben, als dieses rücksichtlich der den Inhaber neben einem bestimmten Gläubiger erwähnenden oben geschehen ist. Die einzige mir bekannt gewordene hierher gehörende Urkunde ist die unter XI mitgetheilte vom Jahr 1378. Im kaufmännischen Verkehr scheinen Urkunden dieser Art auch noch in einer viel späteren Zeit gänzlich unbekannt gewesen zu sein. Bender[35]) bemerkt freilich,

35) Wechselrecht, §. 391. Note e.

Digitized by Google

daß auf den Inhaber gestellte Wechsel schon bei Scaccia (ohne jedoch die Stellen anzuführen) mehrmals vorkämen; allein ich habe bei diesem Schriftsteller nur einmal [36]) eine aus Maranta [37]) entlehnte Formel gefunden, in welcher nur der Inhaber erwähnt wird. Wenn man aber erwägt, wie sehr die Juristen dieser Zeit sich abmühen, das viel einfachere Verhältniß desjenigen Inhabers, welcher neben einem bestimmten Gläubiger genannt ist, mit den Bestimmungen des römischen Rechtes in Einklang zu bringen, so wird man nicht bezweifeln können, daß sie die nur den Inhaber als Gläubiger nennenden Verschreibungen, in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des römischen Rechtes, als ungültig angesehen haben würden; dieses geschieht aber von den genannten Juristen nicht, weßhalb wohl anzunehmen ist, daß dieselben die Anführung eines bestimmten Gläubigers als sich von selbst verstehend in der nur stückweise mitgetheilten Formel weggelassen haben.

Das durch den Handelsverkehr erweckte Bedürfniß einer leichteren Uebertragung der Forderungsrechte, als dieselbe dem römischen Rechte bekannt ist, erzeugte das schon seit dem 16. Jahrhundert vorkommende Wechselindossament [38]) mit der bekannten Wirkung, daß dem Wechselgläubiger nur solche Einreden entgegengesetzt werden können, die aus seiner Person hergenommen sind. Das später üblich gewordene Blankoindossament gewährte eine noch größere Leichtigkeit der Uebertragung, welche in den noch späteren Schuldverschreibungen auf den Inhaber ihre Vollendung erreichte [39]).

Die älteste Art der blos auf den Vorzeiger lautenden Schuldverschreibungen ist wahrscheinlich das jüdische Mamre, welches weder den Namen des Gläubigers noch den Ort der Zahlung enthält, weshalb jeder Inhaber an jedem Orte wo er den Aussteller trifft, die Zahlung verlangen kann [40]). Bei l'Estocq [41]), welcher eine solche Verschreibung mit den auf den Vorzeiger lautenden oder

---

36) De commerc. et camb. §. 1. q. 5. n. 4.

37) Praxis sive de ord. jud. tract. p. 6. act. 6. n. 46.

38) Bender, a. a. O. §. 358.

39) Maurenbrecher, deut. P. R. §. 323.

40) Bender, a. a. O. §. 394.

41) De indole et jure instrument. Judaeis usitati cui nomen mamre est, 1755 (bei Beseke, thes. jur. feud. t. 2. p. 1169. seqq.)

Digitized by Google

in blanco indossirten Wechseln vergleicht, finden sich interessante Auszüge aus den Acten des Königsberger Stadtgerichts vom Jahr 1754, welche beweisen, wie richtig man die Natur einer Verschreibung der Art dort erkannt hat. Der Auszug N. III. mag daher hier einen Platz finden:

Simon Lewin, ein Bedienter bei der hiesigen Synagoge wird — vernommen, und da ihm das Original-Document in Sachen — producirt wird: so zeugt er ein, die Juden nennten dergleichen Document Staarchow [42]) oder Schuldbrief und habe es bei ihnen in Polen grösseres Recht, wie ein Wechsel und müsse dem Producenten, wer es auch sey, ohne Einwand bezahlet werden, sogar, wenn dergleichen Document schon wirklich bezahlet wäre, müsste es dem Producenten doch noch einmal bezahlet werden.

Ich glaube nicht, wenn man von dem Mamre, dessen Alter mir unbekannt ist, absieht, daß die blos den Inhaber nennenden Schuldverschreibungen vor dem 18. Jahrhundert häufiger vorgekommen sind [43]). Wie wenig man aber anderwärts die Bedeutung

---

42) Das Mamre zerfällt in zwei Hauptarten: Staar-Chow und Staar-Iska; das nicht hierher gehörende Nähere darüber bei Bender, a. a. O. und den von ihm citirten Schriftstellern.

43) In dem Geldern'schen Landrecht von 1619 Th. 4. Tit. 2. §. 2. n. 3—6 (Maurenbrecher rheinpreuß. Landr. Th. 2. S. 791) kommen die lediglich auf den Vorzeiger lautenden Urkunden nicht vor; denn es wird hier ausdrücklich vorausgesetzt, daß in der Urkunde der Vorzeiger neben einem benannten Gläubiger erwähnt ist (Die nyt krachte van Obligatie inhaldende de voorschreven Clausule Brenger's Briefs ofte Thovnder deses, komt eysschen, wordt verstaen, 't selve in sijnen eygen Naem de doen, al oft hy voornaemste geloof hebber were, ende niet oft hy quam als Volmechtiger oft bevelhebber van den genoemten Crediteur oft Geloof — hebber.") Dagegen findet sich allerdings noch Th. 4. Tit. 9. n. 22—24. Die Eigenthümlichkeit, die sonst nur bei den schlechthin auf den Vorzeiger lautenden Papieren vorkommt, daß, obwohl der Vorzeiger neben einem bestimmten Gläubiger genannt ist, jener in eignem Namen als selbstständiger Gläubiger (voornaemste geloof-hebber) nicht als Cessionar auftritt, und sich daher auch keine Einreden aus der Person des genannten Gläubigers gefallen zu

Digitized by Google

dieser Art der Verbriefungen begriff, zeigt noch eine bei Hommel [44]) erwähnte Entscheidung, nach welcher gegen den als Kläger aufgetretenen Vorzeiger eines nur auf den Inhaber lautenden Wechsels dahin erkannt wurde, daß derselbe, „weil sein Indossament in dem producirten Wechsel nicht benennet ist, anderer Gestalt und besser, als geschehen, sich ad causam zu rechtfertigen schuldig."

Die schon von Kind [45]) vertheidigte Ansicht, daß jeder Vorzeiger als Gläubiger anzusehen sei und daher in eignem Namen gegen den Aussteller klagen könne, ist darauf von Gönner [46]) ausführlich begründet worden, und jetzt als die herrschende anzusehen. Dagegen ist in anderer Beziehung über die Natur der blos den Inhaber nennenden Schuldverschreibungen noch immer viel Streit; und es ist in der That auch eine schwierige, wie zur Uebung des juristischen Scharfsinns eigens erfundene Aufgabe, die mit diesen Papieren aufgekommenen Rechtssätze, — daß jeder Inhaber für den Gläubiger gilt, daß die lex Anastasiana keine Anwendung findet und die Vindication nur gegen Besitzer im bösen Glauben statthaft ist — mit den unwandelbaren Grundsätzen des römischen Rechts in Einklang zu bringen! Am unhaltbarsten scheint es, die Urkunden auf den Inhaber als Papiergeld [47]) zu betrachten, da ihnen das wesentlichste Merkmal des Geldes überhaupt, der gezwungene Curs, fehlt; auch ist es nicht zu rechtfertigen, wenn man, wie Souchay [48]), die Papiere auf den Inhaber deshalb glaubt ein con-

lassen braucht. („D'exceptien die den genoemden Crediteur volden moeten tegen gaen, als von Betalinge, Compensatie, Transactie, oft andere, en hebben geen plaetse tegens eenen derden, die als brenger's Briefs den Schuldenaer ofte syne Eefgenamen aenspreckt.") Es ist also hier ganz dasselbe, was von dem Indossatar eines Wechsels gilt, auf den Inhaber einer Schuldverschreibung angewendet, in welcher neben einem benannten Gläubiger auch der Vorzeiger erwähnt ist.

44) Rhaps t. 5. obs. 645.

45) Quaest. forens. t. 3. c. 48. (ed. 2.)

46) Archiv für die Gesetzgebung und Reform des jurist. Studiums (1808) B. 1. N. 27. Beiträge zur Jurisprud. der Teutschen (1810) B. 1. N. 3. §. 7—9. Von Staatsschulden rc. (1826) §. 65.

47) Schellwitz diss. de cautionum publicarum inprimis peregrinarum vindicatione (Lips. 1824) c. 3.

48) Archiv f. civ. Pr. Bd. 10. S. 152.

Digitized by Google

ventionelles Papiergeld nennen zu können, weil ja auch eine geprägte fremde Münze nicht als Geld angesehen werden könne; denn der gezwungene Curs kann natürlich dasjenige Territorium nicht überschreiten, für welches das Geld als gesetzliches allgemeines Tauschmittel geprägt ist; fremdes Geld hat daher freilich im Auslande keinen gezwungenen Curs, aber Papiere auf den Inhaber haben ihn nirgends. Wollte man aber auch jene Ansicht als richtig gelten lassen, so würde damit für die Beurtheilung der durch den Verkehr mit Schuldscheinen auf den Inhaber entstehenden Rechtsverhältnisse nichts gewonnen, vielmehr hätte man sich vor der falschen Folgerung zu hüten, daß mit dem Verluste des Papieres auch die demselben zum Grunde liegende Forderung verloren sei [49].

Von andern Juristen ist daher die Ansicht aufgestellt, daß die Papiere auf den Inhaber eine Handelswaare seien [50]. „Das heißt nicht blos," sagt Mühlenbruch [51]), „sie sind Gegenstand des Handelsverkehrs und gehen häufiger von einer Hand in die andere, wie gewöhnliche Schuldscheine, sondern es ist dieses für ihre rechtliche Natur von wesentlicher Bedeutung. Wir haben nämlich gesehen, daß gewöhnliche Forderungsrechte nicht so wie andere Rechtsobjekte veräußert werden können, sondern entweder durch Delegation — wodurch eine ganz neue Obligation zwischen dem Delegatar and dem Delegatus begründet wird, — oder durch Cession wobei in mehr als einer Beziehung das Recht des Cedenten als noch fortdauernd gedacht wird. Ganz anders verhält es sich mit den öffentlichen Schuldscheinen. Ihre Veräußerung geschieht wie die einer jeden Handelswaare, d. h. nicht nach dem im Schuldschein benannten Werth, sondern nach dem marktgängigen (Cours-) Preis; durch die Veräußerung hört alles Recht des bisherigen Inhabers sofort und vollständig auf, und von der Möglichkeit, Einreden aus seiner Person dem neuen Inhaber entgegen zu setzen, kann hier gar nicht die Rede sein; eines äußeren Zeichens der Übertragung bedarf es hier gar nicht, sondern der bloße Besitz enthält hier, wie beim Papiergelde, zugleich deu Beweis des Rechts." Diese Ansicht ist ganz unverkennbar hervorgegangen aus dem Bestreben, die Berech-

---

49) Bender, Staatspap. §. 35. (Ausg. 2).

50) Ceff. S. 460.

Digitized by Google

tigungen des Vorzeigers der Urkunde mit den Grundsätzen des römischen Rechtes über Abtretung der Forderungsrechte zu vereinigen; allein auch diese Ansicht läßt es unerklärt, warum der Verlust des Schuldscheines den Verlust der Forderung nicht nach sich zieht[51]).

Dagegen betrachtet Gönner [52]) die Papiere auf den Inhaber als Schuldscheine, die, wie jede andere Schuldverschreibung, zum Beweise der darin angegebenen Forderung dienen sollen, welcher Ansicht auch Eichhorn [53]) und Mittermaier [54]) beigetreten sind. Der ganze Unterschied bestehet, wie Maurenbrecher [55]) bemerkt, darin, daß der Schuldner sich verbindlich gemacht hat, an den Vorzeiger zu zahlen. „Die gemeine Gewohnheit," fügt dieser Schriftsteller hinzu, „hat dieser Clausel verbindliche Kraft beigelegt, und da das römische Recht nichts Aehnliches kennt, so kann es durchaus nicht zur Analogie dienen." Wenn wir es also wagen, das römische Recht hier für unanwendbar zu erklären, und mit unbefangenen Augen die im Verkehr deutlich genug ausgeprägte Natur der Papiere auf den Inhaber zu betrachten, so werden wir nicht umhin können, die zuletzt von Schumm [56]) weitläufig ausgeführte Ansicht zu billigen, daß dieselben als Beweismittel für das unabhängig von der Urkunde bestehende Forderungsrecht zu betrachten sind, daß daher der Untergang jener nicht auch Verlust dieses zur Folge hat, daß der Inhaber mit dem Versprechen des Schuldners als selbstständiger Gläubiger erscheint, und derjenige, welchem gegenüber der Schuldner sich zuerst verpflichtet hat, gar nicht in Betracht kommt. Die bekannte Beschränkung der Vindication solcher Urkunden, welche nur gegen den Besitzer im bösen Glauben zugelassen wird, ist eine nothwendige Folge der Bedeutung, welche die Papiere auf den Inhaber im Verkehr erlangt haben, und läßt sich aus der Vergleichung mit dem Papiergelde nicht erklären, da

51) Vergl. auch Linde in der Zeitschrift für Civilr. und Pr. B. 3. S. 18. ff.

52) Von Staatsschulden §. 56. 57. u. 75.

53) Einleit. §. 191.

54) Deutsch. P.R. §. 274.

55) Deutsch. P.R. §. 324.

56) Amortisation verlorener Schuldurkunden §. 10.



Digitized by Google

ja selbst baares Geld dem Besitzer im guten Glauben gegenüber vindicirt werden kann [57]).

Jene Ansichten über die Natur der Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind auch von Einfluß auf die Frage, wer denn befugt sei, dergleichen Papiere auszustellen. „Weil Verschreibungen au porteur," sagt Souchay [58]), „als Schuldverschreibungen nicht betrachtet werden können, ein conventionelles Papiergeld, welches jeder Private auszugeben befugt wäre, dem gemeinen Recht unbekannt ist, so folgt, daß in der Regel nur der Staat Papiere au porteur ausgeben kann, andere (physische oder moralische) Personen nur in so weit es ihnen Partikulargesetze oder eine besondere Erlaubniß des Staates gestatten." Derselben Ansicht müssen auch diejenigen Juristen sein, welche mit Mühlenbruch [59]) den Grundsatz des römischen Rechtes, daß man sich einen unbekannten Gläubiger nicht verpflichten könne, auch hier für anwendbar halten. Auffallend genug geben aber selbst diejenigen Rechtslehrer, welche die Anwendbarkeit des römischen Rechts in Bezug auf Papiere auf den Inhaber leugnen [60]), auch nur dem Staate und einzelnen Corporationen (Städten, Ständen) oder einzelnen vom Staate autorisirten Gesellschaften (Banken, Aktiengesellschaften, Creditvereinen) das Recht, Schuldscheine auf den Inhaber auszustellen. Am häufigsten werden freilich von Schuldnern der genannten Art Verschreibungen auf den Inhaber ausgegeben, weil der Credit dieser Schuldner die Realisirung des Papiers sichert, was bei den einzelnen Privatpersonen als Ausstellern nicht gleichmäßig der Fall ist. Aber einen irgend haltbaren Rechtsgrund, aus welchem man die von einem vertragsfähigen Privaten auf den Inhaber ausgestellten Schuldscheine für ungültig halten könnte, vermag ich nicht aufzufinden. Den Partikularrechten ist auch eine solche Beschränkung ganz fremd; und die Bestim-

---

57) l. 11. §. 2. l. 14. D. de reb. cred. (12. 1) l. 46 D. de cond. indeb. (12. 6) l. 67. D. de jure dot. (23. 3) l. 24. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5) l. 78. D. de solut. (46. 3) Schumm a. a. O. §. 12.

58) A. a. O. S. 154. Note 12.

59) Ceff. S. 458.

60) Philips, deut. P.R. §. 73. Maurenbrecher a. a. O. §. 323.

Digitized by Google

mung des preußischen Landrechts Th. 2. Tit. 8. §. 762. „Doch können auch die Wechsel solcher Personen, welche kaufmännische Rechte haben, an jeden Briefsinhaber gestellt seyn," die als eine Ausnahme von der angeblich bestehenden Regel des gemeinen Rechts von einigen Juristen bezeichnet wird [61]), ist nicht so zu verstehen, daß andere Urkunden auf den Inhaber von Privatpersonen nicht ausgestellt werden könnten. Der Grund nämlich, aus welchem hier die Ausstellung eines Wechsels auf den Vorzeiger ausdrücklich gestattet wird, ist der, daß die auch in mehrere Wechselordnungen übergegangene Ansicht der ältern Juristen beseitigt werden sollte, welche wegen der dadurch sehr erleichterten Betrügereien sowohl die Wechsel auf den Vorzeiger als die Blankoindossamente für ungültig erklären. Die gemeinrechtliche Gültigkeit der letzteren scheint man jetzt freilich ziemlich allgemein zuzugeben [62]); allein man bleibt auf halbem Wege stehen, wenn man auf den Inhaber lautende Wechsel nur unter partikularrechtlichem Schutze als gültig anerkennen will [63]).

In einem sehr bekannten Falle wird die Fähigkeit sich einem unbekannten Gläubiger zu verpflichten, also einen Schuldschein auf den Inhaber auszustellen, allgemein zugegeben. Das Recht nämlich, Versicherung zu geben, stehet regelmäßig jedem zu, der sich gültig verbindlich machen kann, so daß also dieses Recht durch eine besondere Autorisation von Seiten des Staates nicht erst ertheilt zu werden braucht [64]), und dennoch trägt man kein Bedenken, die „an Zeiger" oder „an Inhaber" rc. gestellten Policen als gültig anzuerkennen [65]).

In England und Frankreich ist man längst darüber einver-

61) Maurenbrecher deut. P.R. §. 323.

62) Eichhorn. Einl. §. 134. Mittermaier a. a. O. §. 336.

63) Cropp, Gutachten S. 142. Treitschke, Encyclop. des Wechselr. I. S. 234.

64) Pöhls, Darstellung des See-Ass. R. §. 545. Mittermaier, a. a. O. §. 303.

65) Pöhls a. a. O. §. 570. Mittermaier, a. a. O. Runde Beiträge Th. I. N. 20. Maurenbrecher, a. a. O. §. 387. Note a.



Digitized by Google

standen, daß die Befugniß, Schuldscheine auf den Inhaber auszustellen, nicht erst durch eine besondere Concession der Staatsregierung erworben zu werden brauche [66]); und auch bei uns wird die Doctrin dieses bald anerkennen müssen, da es ihr nimmer gelingen kann, den raschen Gang des Verkehrs durch ihr ängstliches Anklammern an veraltete Satzungen zu hemmen.

---

66) Bender, Wechselr. §. 591. und die daselbst citirten Schriftsteller, Merlin, repert. t. 9. art. porteur (billet au).

---

Digitized by Google

# III.

# Die Realgewerberechte

## im Hinblick auf einen Rechtsfall.

Von

Reyscher.

Meine Ansicht über die selbstständige Stellung der Realrechte im Rechtssysteme [1]) ist von Albrecht aus Gelegenheit einer Recension der bekannten Dunkerschen Schrift über die Lehre von den Reallasten nicht gut geheißen worden, weil in der mit jenem Namen bezeichneten Eigenschaft nichts Anderes als die Pertinenzqualität liege und die eigenthümlichen Anwendungen der leztern im deutschen Rechte sich füglich der Lehre von den Pertinenzen einweben lassen [2]). Gegen das leztere Auskunftsmittel spricht schon der Umfang, welchen die Lehre von den Realrechten und den ihnen zur Seite stehenden Reallasten, wenigstens meiner Auffassung nach, einzunehmen hat. Mit der bloßen Eigenschaft einer Zubehörde ist aber auch das Wesen jener Lehre noch keineswegs erschöpft, und jedenfalls scheint mir jene Einwendung zu viel zu beweisen, indem aus demselben Grunde von den den Personen anhängenden Rechten, oder dem sogenannten Personen-Rechte, welchem das Sachenrecht (jus praediorum) in meinem Sinne analog ist, nicht eigens gesprochen werden dürfte. Auch Maurenbrecher, welcher erstmals die Realrechte besonders abgehandelt und hiedurch zu genauerer Würdigung ihres Begriffs Anlaß gegeben hat [3]), beharrt dabei, dieselben zu den jura in re

1) Württemb. Privat-R. Bd. I. §. 245 f. in Verbindung mit §. 230.

2) Richters und Schneiders krit. Zeitschrift. Jahrg. 1839. S. 518.

3) Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. 1. Aufl. Bonn 1834. §. 277.

Digitized by Google

zu stellen, und die Idee einer Personification der Güter (praedia), worauf meine ganze Ausführung von dem Güter- oder Sachenrechte beruht, nicht anzunehmen [4]. Ebenso Phillips, welcher diese Idee geradezu verwirft und sich begnügt, auf die Verbindung der Realrechte und Reallasten mit dem alten Institute der Gewehre hingewiesen zu haben [5].

Zu den Realrechten gehören nach meinem Dafürhalten auch die Realgewerberechte [6], welche nun auch Maurenbrecher daselbst ausführt [7]. Es ist eine merkwürdige Erscheinung, die freilich bei der bisherigen Behandlung unsres einheimischen Rechts weniger auffallen darf, daß die Realität mancher Gewerbearten von den Schriftstellern nicht blos über Privatrecht überhaupt, sondern auch über Gewerberecht insbesondere entweder gar nicht oder nur im Vorbeigehen beachtet wird. Noch der neueste Schriftsteller über Gewerberecht [8] gedenkt des Unterschieds zwischen Real- und Personalgewerberechten mit keinem Worte; und doch ist dieser Unterschied von so großer Bedeutung!

Die folgende Ausführung soll nicht blos diß, sondern die Bedeutung der Realrechte überhaupt klar machen. Sie ist entstanden aus Veranlassung eines Gutachtens, welches der Verfasser Namens der Tübinger Juristenfacultät zu verfassen hatte (dd. 9. Mai 1840) und ist diesem Gutachten großentheils wörtlich entnommen.

## §. 1.
## Rechtsfall.

Der Rechtsfall, um dessen Beurtheilung es sich handelte, war in Kurzem folgender.

4) Das eben angef. Lehrbuch, 2. Aufl. Bd. I. 1840. §. 547. insbesondere §. 548. Note 4. Meine so bestimmt ausgesprochene Ansicht wird hier zweifelhaft gelassen.

5) Grundsätze des deutschen Priv.-R. 2. Aufl. 1838. Bd. I. S. 440. 621. 633 f.

6) S. mein Priv.-R. § 250.

7) Lehrbuch, 2. Aufl. §. 351—353. In der 1sten Aufl. waren nur die Zwangs- und Bann-Rechte angeführt. Ganz allgemein spricht von der Realität der Gewerbe Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privat-R. schon in der 4. Ausg. und auch jetzt wieder 5. Ausg. §. 523.

8) Weiske, Hdbch. des allgem. dtschn. Gewerbsrechts. Leipzig 1839.

Digitized by Google

Bei der Bäckerzunft der vormaligen Reichsstadt Hall fand im Allgemeinen die gewöhnliche Handwerksverfassung Statt; nur unterschied sie sich dadurch von andern Innungen, daß zu Betreibung des Bäckerhandwerks auf eigene Rechnung das persönliche Meisterrecht nicht hinreichte, sondern daß hierzu noch weiter nothwendig war der Besitz eines mit der Backgerechtigkeit versehenen Hauses, oder richtiger, daß das Meisterrecht nur ausgeübt werden konnte auf einem solchen Hause; — denn auch der Miether, obgleich nicht Besitzer im rechtlichen Sinne, durfte es ausüben, wofern ihm nicht die persönliche Befähigung abging. Durch die Verbindung des Realgewerberechts mit gewissen Häusern (Bäckerhäusern) ward der Werth der leztern erhöht, so daß ein Haus, welches ungefähr 3 bis 4000 fl. an sich werth war, in Verbindung mit dem Backrecht 5 bis 6000 fl. kosten konnte (nach oberamtlichem Bericht vom 13. Merz 1819).

Diese Backgerechtigkeiten, 37 an der Zahl, wurden mit den Häusern, worauf sie ruhten, verpfändet, verkauft, vertauscht, und auch von Dritten, namentlich der städtischen Obrigkeit, stets in dieser Weise als Gegenstände des Verkehrs angesehen.

Zwar kann die Entstehung derselben wie bei allen Einrichtungen, welche auf Herkommen beruhen, nicht auf einen bestimmten Zeitpunct zurückgeführt werden. Allein unverkennbare Beweise ihres Daseins finden sich schon in den Unterpfandsprotokollen von 1586 bis 1614, wo die Häuser, in welchen die Bäcker ihr Gewerbe betreiben, als „Bekenhäuser" ausgehoben sind, und in den Kaufprotokollen des 18. Jahrhunderts, wo diese Häuser oder auch bloße Theile eines Gebäudes ausdrücklich mit der darauf haftenden (darauf ruhenden, dazu gehörigen) Backgerechtigkeit aufgeführt sind. Einer der merkwürdigsten Fälle ist aber ohne Zweifel der, daß der vormalige reichsstädtische Magistrat im Jahr 1732 aus der Gantmasse des gewesenen Bäckermeisters Simoth den Brandplatz seines Hauses samt der Backgerechtigkeit für 340 fl. käuflich übernahm und sofort den ersteren an einen Drechsler für 170 fl. überließ, die Backgerechtigkeit aber der Bäckerzunft für die andere Hälfte jener Summe verkaufte, mit der Bedingung, daß dieselbe nicht mehr aufgerichtet, sondern künftig abgehen solle. Auch als Gegenstand des Heirathguts und der Vererbung kommt die Backgerechtigkeit in Ver-

Digitized by Google

bindung mit Wohnungen urkundlich vor [9]). Und wenn der reichsstädtische Magistrat nicht nur die gedachten Verpfändungen und Verkäufe in den öffentlichen Büchern eintragen ließ, sondern auch selbst die Backgerechtigkeit als Zubehörde einer Baustätte (area) erkaufte, so geht hieraus klar hervor, daß dieselbe als Vermögenstheil (pars patrimonii) auch öffentlich angesehen und behandelt ward.

Ganz entschieden drückt diß auch aus ein Schreiben des Magistrats in Hall an die Reichsstädte Eßlingen, Heilbronn, Nördlingen und Rothenburg an der Tauber, vom 14. Jan. 1714, worin derselbe aus Veranlassung der von einem Bäckermeister Textor nachgesuchten Verlegung der erkauften Bäckereigerechtigkeit auf ein anderes Haus sich dahin äußerte:

> welchermaßen in unserer Stadt sich von mehreren Jahren her eine gewisse Anzahl Häuser befindet, auf welchen die Gerechtigkeit des Brodbackens, und was deren anhänget, dergestalt haftet, daß sonsten nicht ohne sich erzeigende erhebliche sonderbare Ursache solches Bäckerhandwerk, ausser was jeder zu seinem eigenen Hausbrauch von nöthen hat, zu treiben vergönnet wird, auch bei vorkommender Verkaufung solcher ordinari Backhäuser jederzeit die Gerechtigkeit in einem ziemlichen Anschlag mit verkauft zu werden pflegt.

Erst in neuerer Zeit wurde der Bestand der seit Jahrhunderten bestandenen Realgerechtigkeiten von dem kön. Oberamte und der Regierung des Jaxtkreises in Abrede gezogen und behauptet, daß nicht blos jeder persönlich fähige Meister von dem Oberamte in die Zunft aufgenommen werden, sondern auch das Meisterrecht ausüben könne, auf welchem Hause er wolle. Demzufolge wurde auch bereits ein nicht mit einem berechtigten Backhause versehener Bürger, Namens Dötschmann, von jenen Behörden in die Zunft aufgenommen und zur Ausübung der Bäckerei zugelassen. Sollte diese Ansicht aufrecht erhalten werden, so würden die bisherigen Backgerechtigkeiten ihren Werth verlieren und dadurch den Besitzern der 37 berechtigten Häuser, in welchen allein die Bankbäckerei zu Hall bisher ausgeübt werden konnte, ein Schaden von etwa 74,000 fl. zugefügt werden. Dieselben haben daher über die Frage des Fort-

---

9) Ueber alles dieses fanden sich Belege in den Acten, welche wie andere Citate aus denselben hier füglich wegbleiben.

Digitized by Google

bestands sowohl, als über die zu ergreifenden Rechtsmittel zu Erhaltung ihrer Gerechtigkeiten ein rechtliches Gutachten sich erbeten, dessen schließliche Ansicht dahin ging:

1) daß die besagten Gerechtigkeiten rechtlich fortdauern;

2) daß, sollten auch dieselben durch die Staatsgesezgebung aufgehoben werden, jedenfalls den Berechtigten eine Entschädigung aus Staatsmitteln gebühre, welche nach den Grundsätzen von der Zwangsveräußerung zu ermessen sey;

3) über die bestrittene Fortdauer der Rechte sowohl, im Falle von Nro. 1, als über die Summe der Entschädigung, falls solche von dem Gesetzgeber nicht bestimmt, aber auch nicht ausgeschlossen sey, haben die Gerichte auf rechtliches Erfordern zu erkennen.

Die Grundsätze, welche dabei zur Sprache kamen, waren hauptsächlich folgende.

## §. 2.

### Realität einzelner Gewerbe überhaupt, insbesondere der Bäckerei.

Die Realgewerberechte haben regelmäßig darin ihren Grund, daß einzelne Gewerbe kostspielige häusliche Einrichtungen erfordern, welche sich nur alsdann lohnen, wenn das Geschäft an derselben Stelle bleibt, wie z. B. Fabriken, Apotheken, Mühlen, Brauereien [10]). Bei der Bäckerei scheint wenigstens die neuere Gesetzgebung das Bedürfniß einer dinglichen Concession nicht anerkannt zu haben, da der Betrieb derselben jetzt nicht mehr als Realrecht eingeräumt wird. Allein dieser Einwand würde zu viel beweisen, da auch andere Gewerbeberechtigungen, welche sonst immer zu den radizirten gezählt wurden, namentlich das Apothekerrecht, seit neuerer Zeit blos noch persönlich ertheilt werden [11]). Wenn wir daher zunächst von der neueren Gesetzgebung und Praxis absehen, und blos die Natur der Sache in Betracht ziehen wollen, so spricht diese allerdings für die reale Natur der Backgerechtigkeit, welche zum mindesten einen Bäckerofen voraussetzt, dessen Besitz auch bei getheilter Wohnung die Gerechtigkeit mit sich bringt. Nicht blos in Hall, auch anderwärts wurde daher die Bäckerei zu den Realrechten gezählt,

---

10) Reyscher, würt. Priv.-Recht §. 250.

11) Verhandl. der würt. Abgeord. v. 1836. 45. Sitzung. S. 10.

Digitized by Google

namentlich in Heilbronn nach einem Schreiben des dortigen reichsstädtischen Magistrats vom 30. Jan. 1714, worin es heißt:

daß dergleichen Backgerechtigkeiten 34 daselbst seien, die Translocation aber sowohl mittelst Erkaufung von Posessoribus solcher Häuser, der sogenannten Thürlein oder Backgerechtigkeiten, als bloße Transferirung von den Bäcken der schon habenden, von einem Hauße in das Andere geschehe.

Ebenso in Nördlingen, dessen Magistrat am 26. Jan. 1714 auf die Anfrage der Stadt Hall erwiederte:

daß gleichwie allhier ebenmäßig (wie in Euer rc. Löblichen Stadt) des Bäckerhandwerks Artikul und Innung vermögen, daß ausser einer obrigkeitlich gesetzten Anzahl Bäckenhäuser keine weitere zugelassen, noch weniger aber eigenmächtig anzurichten gestattet werden sollen, als habe es gleichfalls mit eigenmächtiger Verziehung der Bäcker-Gerechtigkeit von einem Haus in das andere, in diese oder jene gewerbliche Straße obermeldte Verbotts-Beschaffenheit.

Desgleichen berichtet Beyer [12]) von Jena, daß daselbst über die vorhandene Zahl von Bäckern keiner angenommen werde, vielmehr jeder, welcher die Aufnahme in das Handwerk nachsuche, eine erledigte Werkstätte besitzen, auf einen gewissen Ofen muthen müße.

Wie oben symbolisch das Thürlein zum Backofen (pars pro toto [13]), so ist hier der Ofen selbst als nächster Gegenstand des Gebäudes genommen, worauf die Gerechtigkeit ruht.

Die Realrechte haben das Eigenthümliche, daß sie auf einer bestimmten Sache haften, und daher

1) mit dieser als eine Zubehörde auf jeden Besitzer übergehen [14]).

Gegen die Pertinenzqualität und somit gegen die dingliche Eigenschaft der in Frage stehenden Backgerechtigkeiten scheint nun aber

---

12) De origine, speciebus et interpretatione juris opificiarii cap. 4. §. 2. Nr. 123 u. 124.

13) S. meine Abhandlung über die Symbolik des germanischen Rechts in den Beiträgen zum deutschen Recht. Heft 1. S. 30.

14) Mevius ad jus Lubec. lib. III. Art. 12. Nro. 9. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gem. deutschen Rechts. §. 277. Reyscher a. a. O. §. 245.

Digitized by Google

zu sprechen, daß im Jahr 1732 eine Backgerechtigkeit von dem Magistrate ohne das Gebäude, worauf sie ruhte, an die Zunft verkauft, und von dieser sofort einzeln wieder verpfändet wurde.

Allein abgesehen davon, daß dieser einzelne Fall gegen die große Anzahl anderer Fälle, in welchen die Backgerechtigkeit als Zubehörde eines Backhauses erscheint, jedenfalls wohl nichts beweisen könnte, so dürfte derselbe vielmehr für als gegen die Realität des Bäckergewerbes sprechen, da die Stadt, um die betreffende Gerechtigkeit aufhören zu lassen, dieselbe erst mit dem Platze, worauf das berechtigte Haus stand, und der hier wie anderwärts das Gebäude auf demselben (die superficies) vertrat, an sich kaufte. Wenn nun aber der Magistrat, nachdem er die Gerechtigkeit als ein jus soli an sich gebracht hatte, dieselbe abgesondert von dem Grund und Boden, worauf sie ruhte, an die Bäckerzunft veräußerte, so lag darin nur theils ein Verzicht des Magistrats, die Gerechtigkeit wieder auf ein anderes Haus zu gründen, theils die Erklärung, daß die Zunft künftig mit 37 statt wie früher mit 38 Backgerechtigkeiten geschlossen seyn solle, jedenfalls aber eine Aufhebung der Gerechtigkeit selbst, und es folgt daraus weder, daß darüber, als über ein selbstständiges Recht, abgesondert von der Hauptsache verfügt werden konnte, noch daß die Gerechtigkeit als eine persönliche Berechtigung betrachtet wurde, wohl aber, daß die Verpfändung der einmal aufgehobenen Gerechtigkeit von Seite der Zunft eine in jeder Beziehung unstatthafte Handlung gewesen ist.

Aus der Realität des Gewerberechts folgt ferner:

2) daß solches nicht beliebig von einem Gebäude auf ein anderes übertragen werden kann, sondern daß hiezu ebenso, wie zu Gründung eines neuen Realgewerbs öffentliche Concession nothwendig ist[15]). Sehr unbestimmt drückt sich hierüber aus das oben angeführte Schreiben der Stadt Heilbronn vom Jahr 1714, während nach der gleichfalls erwähnten Antwort von Nördlingen an der Unzertrennlichkeit des Gewerberechts von dem Hause nicht zu zweifeln ist. Für die letztere Ansicht ist auch der Gebrauch in Hall, wie es scheint, immer gewesen. Namentlich heißt es in

15) Mevius l. c. Nro. 8. Kreittmayr, Anm. zum Cod. Max. Thl. V. cap. 27. §. 21. Reyscher a. a. O. §. 253. a. E.



dem Rathsschreiben an die Städte Rothenburg u. s. w. vom 14. Jan. 1714:

daß die Posessores die vorhin in solchen Gassen (wohin die Gerechtigkeit verlegt werden wollte) sich gegen solche vorgehabte Translation zum Höchsten beschwert und zu ihrem großen Präjudiz und Schaden zu geschehen vermeynt, daher auch aus dieser Ursach jederweilen intendirte Translation Obrigkeitlich abgeschlagen, ein und andermahl aber auch aus seinen Ursachen verwilligt worden.

Desgleichen in einem Gutachten des städtischen Rechtsconsulenten vom 14. März 1714 und wiederholt in einem Vortrage desselben Consulenten vom Jahr 1718:

daß dergleichen Translocationes eben nicht pro rebus merae facultatis sondern regulariter ex genere prohibitorum zu seyn bisher allhier dafür gehalten worden.

Und in einem Rathsbescheide vom 25. April 1714 als Anhang zu der Bäckerordnung von 1698:

daß inskünftig keinem Besitzer eines Beckenhauses erlaubt seyn solle, seine Backgerechtigkeit ohne das Hauß, worauf selbige vorhin gehaftet, gegen einen Anderen absonderlich zu verkaufen, oder auch auf eine andere Behausung nach eigener Willkühr zu transferiren, es seye dann vorher solches Vorhaben Einem Wohllöblichen Magistrat gebührend angezeigt, und der Obrigkeitliche Consens darüber vorgängig ausgewürkt worden, allmaßen auch solches durch einen besondern Artikul der allhiesigen Bäcker-Ordnung mit beizufügen befohlen worden.

Übereinstimmend hiermit bezeugt endlich noch ein oberamtlicher Bericht vom 19. Mai 1819:

daß die Backgerechtigkeit in der Stadt nicht ohne besondere Erlaubniß und vorherige genaue feuerpolizeiliche Prüfung auf ein anderes Haus transferirt werden könne.

## §. 3.

### Verhältniß des dinglichen Gewerberechts zu dem persönlichen.

Mit der Natur eines Realrechts steht auch nicht im Widerspruch, daß zum Betrieb des Gewerbs außer dem berechtigten

Digitized by Google

Hause eine persönliche Befähigung, nämlich die Erprobung als Meister und die Aufnahme in die Zunft erforderlich ist; denn diese persönliche Qualification, welche bei den zünftigen Gewerben regelmäßig vorausgesetzt wird, ist nur eine Bedingung der Ausübung des Gewerberechts, welches an sich auf dem Hause haftet, nicht des Erwerbs desselben.

Wenn nun aber auch die Backgerechtigkeit in Hall entschiedenermaßen als Realrecht vorkam, folgt daraus, daß dieselbe nur als Realrecht ausgeübt wurde, konnte nicht dieselbe auch als persönliches Recht diesem oder jenem verliehen werden?

Die Natur eines Realgewerberechts schließt die Concurrenz persönlicher Gewerberechte nicht aus: denn wenn schon nach deutschem Rechte vermöge der Idee der Personification von Sachen ein Gewerberecht auch auf ein Gebäude gelegt, also einer Sache ertheilt seyn kann, warum sollte nicht ein gleiches Recht entweder einer Person als solcher, unabhängig von einem Hausbesitze, zukommen können! Von dieser Ansicht geht wenigstens die württembergische Regierung aus, indem gewisse Gewerbs-Concessionen z. B. zur Brauerei, Branntweinbrennerei, Essigfabrikation von ihr bald persönlich, bald dinglich ertheilt werden. Allein es ist nicht zu läugnen, daß in früherer Zeit dißfalls genauere und durchgreifendere Unterschiede bestanden, beruhend auf der Beschaffenheit der einzelnen Gewerbe und der dadurch herbeigeführten Gewohnheit. Gewerbe, welche blos einen transportablen Handwerkszeug voraussetzen, und mit diesem aller Orten ausgeübt werden können, wurden eben darum als persönlich angesehen, wie z. B. das Gewerbe eines Schneiders, Schusters, Schreiners u. s. w. Andere dagegen, welche nur bei gewissen baulichen Einrichtungen vortheilhaft betrieben werden können, wurden gegründet auf die dazu eingerichteten Gebäude. Daher wurden laut oberamtlichen Berichtes vom 19. Mai 1819 die Schildwirthschafts-Gerechtigkeiten in Hall von jeher für Realrechte geachtet, dergestalt, daß wenn jemand auf einem unberechtigten Hause eine Wirthschaft errichten wollte, er vorher einem Anderen (ohne Zweifel mit Erlaubniß des Magistrats) seinen Schild abkaufen mußte. Die Bierbrauerei beruhte gleichfalls auf einer Realberechtigung; ebenso die Apotheken, Färbereien, Mezelbänke, Mühlwerke, Schmidten, Ziegelhütten. Hinsicht-

Digitized by Google

standen, daß die Befugniß, Schuldscheine auf den Inhaber auszustellen, nicht erst durch eine besondere Concession der Staatsregierung erworben zu werden brauche [66]); und auch bei uns wird die Doctrin dieses bald anerkennen müssen, da es ihr nimmer gelingen kann, den raschen Gang des Verkehrs durch ihr ängstliches Anklammern an veraltete Satzungen zu hemmen.

---

66) Bender, Wechselr. §. 591. und die daselbst citirten Schriftsteller, Merlin, repert. t. 9. art. porteur (billet au).

Digitized by Google

# III.

## Die Realgewerberechte

### im Hinblick auf einen Rechtsfall.

Von

Reyscher.

Meine Ansicht über die selbstständige Stellung der Realrechte im Rechtssysteme [1]) ist von Albrecht aus Gelegenheit einer Recension der bekannten Dunkerschen Schrift über die Lehre von den Reallasten nicht gut geheißen worden, weil in der mit jenem Namen bezeichneten Eigenschaft nichts Anderes als die Pertinenzqualität liege und die eigenthümlichen Anwendungen der leztern im deutschen Rechte sich füglich der Lehre von den Pertinenzen einweben lassen [2]). Gegen das leztere Auskunftsmittel spricht schon der Umfang, welchen die Lehre von den Realrechten und den ihnen zur Seite stehenden Reallasten, wenigstens meiner Auffassung nach, einzunehmen hat. Mit der bloßen Eigenschaft einer Zubehörde ist aber auch das Wesen jener Lehre noch keineswegs erschöpft, und jedenfalls scheint mir jene Einwendung zu viel zu beweisen, indem aus demselben Grunde von den den Personen anhängenden Rechten, oder dem sogenannten Personen-Rechte, welchem das Sachenrecht (jus praediorum) in meinem Sinne analog ist, nicht eigens gesprochen werden dürfte. Auch Maurenbrecher, welcher erstmals die Realrechte besonders abgehandelt und hiedurch zu genauerer Würdigung ihres Begriffs Anlaß gegeben hat [3]), beharrt dabei, dieselben zu den jura in re

1) Württemb. Privat-R. Bd. I. §. 245 f. in Verbindung mit §. 230.

2) Richters und Schneiders krit. Zeitschrift. Jahrg. 1839. S. 518.

3) Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. 1. Aufl. Bonn 1834. §. 277.

Digitized by Google

zu stellen, und die Idee einer Personification der Güter (praedia), worauf meine ganze Ausführung von dem Güter- oder Sachenrechte beruht, nicht anzunehmen [4]). Ebenso Phillips, welcher diese Idee geradezu verwirft und sich begnügt, auf die Verbindung der Realrechte und Reallasten mit dem alten Institute der Gewehre hingewiesen zu haben [5]).

Zu den Realrechten gehören nach meinem Dafürhalten auch die Realgewerberechte [6]), welche nun auch Maurenbrecher daselbst ausführt [7]). Es ist eine merkwürdige Erscheinung, die freilich bei der bisherigen Behandlung unsres einheimischen Rechts weniger auffallen darf, daß die Realität mancher Gewerbearten von den Schriftstellern nicht blos über Privatrecht überhaupt, sondern auch über Gewerberecht insbesondere entweder gar nicht oder nur im Vorbeigehen beachtet wird. Noch der neueste Schriftsteller über Gewerberecht [8]) gedenkt des Unterschieds zwischen Real- und Personalgewerberechten mit keinem Worte; und doch ist dieser Unterschied von so großer Bedeutung!

Die folgende Ausführung soll nicht blos diß, sondern die Bedeutung der Realrechte überhaupt klar machen. Sie ist entstanden aus Veranlassung eines Gutachtens, welches der Verfasser Namens der Tübinger Juristenfacultät zu verfassen hatte (dd. 9. Mai 1840) und ist diesem Gutachten großentheils wörtlich entnommen.

## §. 1.
## Rechtsfall.

Der Rechtsfall, um dessen Beurtheilung es sich handelte, war in Kurzem folgender.

---

4) Das eben angef. Lehrbuch, 2. Aufl. Bd. I. 1840. §. 347. insbesondere §. 348. Note 4. Meine so bestimmt ausgesprochene Ansicht wird hier zweifelhaft gelassen.

5) Grundsätze des deutschen Priv.-R. 2. Aufl. 1838. Bd. I. S. 440. 621. 633 f.

6) S. mein Priv.-R. § 250.

7) Lehrbuch, 2. Aufl. §. 351–353. In der 1sten Aufl. waren nur die Zwangs- und Bann-Rechte angeführt. Ganz allgemein spricht von der Realität der Gewerbe Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privat-R. schon in der 4. Ausg. und auch jezt wieder 5. Ausg. §. 523.

8) Weiske, Hdbch. des allgem. dtschn. Gewerbsrechts. Leipzig 1839.

Digitized by Google

Bei der Bäckerzunft der vormaligen Reichsstadt Hall fand im Allgemeinen die gewöhnliche Handwerksverfassung Statt; nur unterschied sie sich dadurch von andern Innungen, daß zu Betreibung des Bäckerhandwerks auf eigene Rechnung das persönliche Meisterrecht nicht hinreichte, sondern daß hierzu noch weiter nothwendig war der Besitz eines mit der Backgerechtigkeit versehenen Hauses, oder richtiger, daß das Meisterrecht nur ausgeübt werden konnte auf einem solchen Hause; — denn auch der Miether, obgleich nicht Besitzer im rechtlichen Sinne, durfte es ausüben, wofern ihm nicht die persönliche Befähigung abging. Durch die Verbindung des Realgewerberechts mit gewissen Häusern (Bäckerhäusern) ward der Werth der leztern erhöht, so daß ein Haus, welches ungefähr 3 bis 4000 fl. an sich werth war, in Verbindung mit dem Backrecht 5 bis 6000 fl. kosten konnte (nach oberamtlichem Bericht vom 13. Merz 1819).

Diese Backgerechtigkeiten, 37 an der Zahl, wurden mit den Häusern, worauf sie ruhten, verpfändet, verkauft, vertauscht, und auch von Dritten, namentlich der städtischen Obrigkeit, stets in dieser Weise als Gegenstände des Verkehrs angesehen.

Zwar kann die Entstehung derselben wie bei allen Einrichtungen, welche auf Herkommen beruhen, nicht auf einen bestimmten Zeitpunct zurückgeführt werden. Allein unverkennbare Beweise ihres Daseins finden sich schon in den Unterpfandsprotokollen von 1586 bis 1614, wo die Häuser, in welchen die Bäcker ihr Gewerbe betreiben, als „Bekenhäuser" ausgehoben sind, und in den Kaufprotokollen des 18. Jahrhunderts, wo diese Häuser oder auch bloße Theile eines Gebäudes ausdrücklich mit der darauf haftenden (darauf ruhenden, dazu gehörigen) Backgerechtigkeit aufgeführt sind. Einer der merkwürdigsten Fälle ist aber ohne Zweifel der, daß der vormalige reichsstädtische Magistrat im Jahr 1732 aus der Gantmasse des gewesenen Bäckermeisters Simoth den Brandplatz seines Hauses samt der Backgerechtigkeit für 340 fl. käuflich übernahm und sofort den ersteren an einen Drechsler für 170 fl. überließ, die Backgerechtigkeit aber der Bäckerzunft für die andere Hälfte jener Summe verkaufte, mit der Bedingung, daß dieselbe nicht mehr aufgerichtet, sondern künftig abgehen solle. Auch als Gegenstand des Heirathguts und der Vererbung kommt die Backgerechtigkeit in Ver-

Digitized by Google

bindung mit Wohnungen urkundlich vor [9]). Und wenn der reichsstädtische Magistrat nicht nur die gedachten Verpfändungen und Verkäufe in den öffentlichen Büchern eintragen ließ, sondern auch selbst die Backgerechtigkeit als Zubehörde einer Baustätte (area) erkaufte, so geht hieraus klar hervor, daß dieselbe als Vermögenstheil (pars patrimonii) auch öffentlich angesehen und behandelt ward.

Ganz entschieden drückt diß auch aus ein Schreiben des Magistrats in Hall an die Reichsstädte Eßlingen, Heilbronn, Nördlingen und Rothenburg an der Tauber, vom 14. Jan. 1714, worin derselbe aus Veranlassung der von einem Bäckermeister Textor nachgesuchten Verlegung der erkauften Bäckereigerechtigkeit auf ein anderes Haus sich dahin äußerte:

> welchermaßen in unserer Stadt sich von mehreren Jahren her eine gewisse Anzahl Häuser befindet, auf welchen die Gerechtigkeit des Brodbackens, und was deren anhänget, dergestalt haftet, daß sonsten nicht ohne sich erzeigende erhebliche sonderbare Ursache solches Bäckerhandwerk, ausser was jeder zu seinem eigenen Hausbrauch von nöthen hat, zu treiben vergönnet wird, auch bei vorkommender Verkaufung solcher ordinari Backhäuser jederzeit die Gerechtigkeit in einem ziemlichen Anschlag mit verkauft zu werden pflegt.

Erst in neuerer Zeit wurde der Bestand der seit Jahrhunderten bestandenen Realgerechtigkeiten von dem kön. Oberamte und der Regierung des Jaxtkreises in Abrede gezogen und behauptet, daß nicht blos jeder persönlich fähige Meister von dem Oberamte in die Zunft aufgenommen werden, sondern auch das Meisterrecht ausüben könne, auf welchem Hause er wolle. Demzufolge wurde auch bereits ein nicht mit einem berechtigten Backhause versehener Bürger, Namens Dötschmann, von jenen Behörden in die Zunft aufgenommen und zur Ausübung der Bäckerei zugelassen. Sollte diese Ansicht aufrecht erhalten werden, so würden die bisherigen Backgerechtigkeiten ihren Werth verlieren und dadurch den Besitzern der 37 berechtigten Häuser, in welchen allein die Bankbäckerei zu Hall bisher ausgeübt werden konnte, ein Schaden von etwa 74,000 fl. zugefügt werden. Dieselben haben daher über die Frage des Fort-

---

9) Ueber alles dieses fanden sich Belege in den Acten, welche wie andere Citate aus denselben hier füglich wegbleiben.

Digitized by Google

bestands sowohl, als über die zu ergreifenden Rechtsmittel zu Erhaltung ihrer Gerechtigkeiten ein rechtliches Gutachten sich erbeten, dessen schließliche Ansicht dahin ging:

1) daß die besagten Gerechtigkeiten rechtlich fortdauern;

2) daß, sollten auch dieselben durch die Staatsgesezgebung aufgehoben werden, jedenfalls den Berechtigten eine Entschädigung aus Staatsmitteln gebühre, welche nach den Grundsätzen von der Zwangsveräußerung zu ermessen sey;

3) über die bestrittene Fortdauer der Rechte sowohl, im Falle von Nro. 1, als über die Summe der Entschädigung, falls solche von dem Gesetzgeber nicht bestimmt, aber auch nicht ausgeschlossen sey, haben die Gerichte auf rechtliches Erfordern zu erkennen.

Die Grundsätze, welche dabei zur Sprache kamen, waren hauptsächlich folgende.

## §. 2.

### Realität einzelner Gewerbe überhaupt, insbesondere der Bäckerei.

Die Realgewerberechte haben regelmäßig darin ihren Grund, daß einzelne Gewerbe kostspielige häusliche Einrichtungen erfordern, welche sich nur alsdann lohnen, wenn das Geschäft an derselben Stelle bleibt, wie z. B. Fabriken, Apotheken, Mühlen, Brauereien [10]). Bei der Bäckerei scheint wenigstens die neuere Gesetzgebung das Bedürfniß einer dinglichen Concession nicht anerkannt zu haben, da der Betrieb derselben jetzt nicht mehr als Realrecht eingeräumt wird. Allein dieser Einwand würde zu viel beweisen, da auch andere Gewerbeberechtigungen, welche sonst immer zu den radizirten gezählt wurden, namentlich das Apothekerrecht, seit neuerer Zeit blos noch persönlich ertheilt werden [11]). Wenn wir daher zunächst von der neueren Gesetzgebung und Praxis absehen, und blos die Natur der Sache in Betracht ziehen wollen, so spricht diese allerdings für die reale Natur der Backgerechtigkeit, welche zum mindesten einen Bäckerofen voraussetzt, dessen Besitz auch bei getheilter Wohnung die Gerechtigkeit mit sich bringt. Nicht blos in Hall, auch anderwärts wurde daher die Bäckerei zu den Realrechten gezählt,

---

10) Reyscher, würt. Priv.-Recht §. 250.

11) Verhandl. der würt. Abgeord. v. 1836. 45. Sitzung. S. 10.

Digitized by Google

namentlich in Heilbronn nach einem Schreiben des dortigen reichsstädtischen Magistrats vom 30. Jan. 1714, worin es heißt:

daß dergleichen Backgerechtigkeiten 34 daselbst seien, die Translocation aber sowohl mittelst Erkaufung von Posessoribus solcher Häuser, der sogenannten Thürlein oder Backgerechtigkeiten, als bloße Transferirung von den Bäcken der schon habenden, von einem Hauße in das Andere geschehe.

Ebenso in Nördlingen, dessen Magistrat am 26. Jan. 1714 auf die Anfrage der Stadt Hall erwiederte:

daß gleichwie allhier ebenmäßig (wie in Euer ꝛc. Löblichen Stadt) des Bäckerhandwerks Artikul und Innung vermögen, daß ausser einer obrigkeitlich gesetzten Anzahl Bäckenhäuser keine weitere zugelassen, noch weniger aber eigenmächtig anzurichten gestattet werden sollen, als habe es gleichfalls mit eigenmächtiger Verziehung der Bäcker-Gerechtigkeit von einem Haus in das andere, in diese oder jene gewerbliche Straße obermeldte Verbotts-Beschaffenheit.

Desgleichen berichtet Beyer [12]) von Jena, daß daselbst über die vorhandene Zahl von Bäckern keiner angenommen werde, vielmehr jeder, welcher die Aufnahme in das Handwerk nachsuche, eine erledigte Werkstätte besitzen, auf einen gewissen Ofen muthen müße.

Wie oben symbolisch das Thürlein zum Backofen (pars pro toto [13]), so ist hier der Ofen selbst als nächster Gegenstand des Gebäudes genommen, worauf die Gerechtigkeit ruht.

Die Realrechte haben das Eigenthümliche, daß sie auf einer bestimmten Sache haften, und daher

1) mit dieser als eine Zubehörde auf jeden Besitzer übergehen [14]).

Gegen die Pertinenzqualität und somit gegen die dingliche Eigenschaft der in Frage stehenden Backgerechtigkeiten scheint nun aber

---

12) De origine, speciebus et interpretatione juris opificiarii cap. 4. §. 2. Nr. 123 u. 124.

13) S. meine Abhandlung über die Symbolik des germanischen Rechts in den Beiträgen zum deutschen Recht. Heft 1. S. 30.

14) Mevius ad jus Lubec. lib. III. Art. 12. Nro. 9. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gem. deutschen Rechts. §. 277. Reyscher a. a. O. §. 245.

Digitized by Google

zu sprechen, daß im Jahr 1732 eine Backgerechtigkeit von dem Magistrate ohne das Gebäude, worauf sie ruhte, an die Zunft verkauft, und von dieser sofort einzeln wieder verpfändet wurde.

Allein abgesehen davon, daß dieser einzelne Fall gegen die große Anzahl anderer Fälle, in welchen die Backgerechtigkeit als Zubehörde eines Backhauses erscheint, jedenfalls wohl nichts beweisen könnte, so dürfte derselbe vielmehr für als gegen die Realität des Bäckergewerbes sprechen, da die Stadt, um die betreffende Gerechtigkeit aufhören zu lassen, dieselbe erst mit dem Platze, worauf das berechtigte Haus stand, und der hier wie anderwärts das Gebäude auf demselben (die superficies) vertrat, an sich kaufte. Wenn nun aber der Magistrat, nachdem er die Gerechtigkeit als ein jus soli an sich gebracht hatte, dieselbe abgesondert von dem Grund und Boden, worauf sie ruhte, an die Bäckerzunft veräußerte, so lag darin nur theils ein Verzicht des Magistrats, die Gerechtigkeit wieder auf ein anderes Haus zu gründen, theils die Erklärung, daß die Zunft künftig mit 37 statt wie früher mit 38 Backgerechtigkeiten geschlossen seyn solle, jedenfalls aber eine Aufhebung der Gerechtigkeit selbst, und es folgt daraus weder, daß darüber, als über ein selbstständiges Recht, abgesondert von der Hauptsache verfügt werden konnte, noch daß die Gerechtigkeit als eine persönliche Berechtigung betrachtet wurde, wohl aber, daß die Verpfändung der einmal aufgehobenen Gerechtigkeit von Seite der Zunft eine in jeder Beziehung unstatthafte Handlung gewesen ist.

Aus der Realität des Gewerberechts folgt ferner:

2) daß solches nicht beliebig von einem Gebäude auf ein anderes übertragen werden kann, sondern daß hiezu ebenso, wie zu Gründung eines neuen Realgewerbs öffentliche Concession nothwendig ist[15]). Sehr unbestimmt drückt sich hierüber aus das oben angeführte Schreiben der Stadt Heilbronn vom Jahr 1714, während nach der gleichfalls erwähnten Antwort von Nördlingen an der Unzertrennlichkeit des Gewerberechts von dem Hause nicht zu zweifeln ist. Für die letztere Ansicht ist auch der Gebrauch in Hall, wie es scheint, immer gewesen. Namentlich heißt es in

---

15) Mevius l. c. Nro. 8. Kreittmayr, Anm. zum Cod. Max. Thl. V. cap. 27. §. 21. Reyscher a. a. O. §. 253. a. E.

dem Rathsschreiben an die Städte Rothenburg u. s. w. vom 14. Jan. 1714:

> daß die Posessores die vorhin in solchen Gassen (wohin die Gerechtigkeit verlegt werden wollte) sich gegen solche vorgehabte Translation zum Höchsten beschwert und zu ihrem großen Präjudiz und Schaden zu geschehen vermeynt, daher auch aus dieser Ursach jederweilen intendirte Translation Obrigkeitlich abgeschlagen, ein und andermahl aber auch aus feinen Ursachen verwilligt worden.

Desgleichen in einem Gutachten des städtischen Rechtsconsulenten vom 14. März 1714 und wiederholt in einem Vortrage desselben Consulenten vom Jahr 1718:

> daß dergleichen Translocationes eben nicht pro rebus merae facultatis sondern regulariter ex genere prohibitorum zu seyn bisher allhier dafür gehalten worden.

Und in einem Rathsbescheide vom 25. April 1714 als Anhang zu der Bäckerordnung von 1698:

> daß inskünftig keinem Besitzer eines Beckenhauses erlaubt seyn solle, seine Backgerechtigkeit ohne das Hauß, worauf selbige vorhin gehaftet, gegen einen Anderen absonderlich zu verkaufen, oder auch auf eine andere Behausung nach eigener Willkühr zu transferiren, es seye dann vorher solches Vorhaben Einem Wohllöblichen Magistrat gebührend angezeigt, und der Obrigkeitliche Consens darüber vorgängig ausgewürkt worden, allmaßen auch solches durch einen besondern Artikul der allhiesigen Bäcker-Ordnung mit beizufügen befohlen worden.

Übereinstimmend hiermit bezeugt endlich noch ein oberamtlicher Bericht vom 19. Mai 1819:

> daß die Backgerechtigkeit in der Stadt nicht ohne besondere Erlaubniß und vorherige genaue feuerpolizeiliche Prüfung auf ein anderes Haus transferirt werden könne.

## §. 3.

### Verhältniß des dinglichen Gewerberechts zu dem persönlichen.

Mit der Natur eines Realrechts steht auch nicht im Widerspruch, daß zum Betrieb des Gewerbs außer dem berechtigten

**Hause eine persönliche Befähigung, nämlich die Erprobung als Meister und die Aufnahme in die Zunft erforderlich ist; denn diese persönliche Qualification, welche bei den zünftigen Gewerben regelmäßig vorausgesetzt wird, ist nur eine Bedingung der Ausübung des Gewerberechts, welches an sich auf dem Hause haftet, nicht des Erwerbs desselben.**

Wenn nun aber auch die Backgerechtigkeit in Hall entschiedenermaßen als Realrecht vorkam, folgt daraus, daß dieselbe nur als Realrecht ausgeübt wurde, konnte nicht dieselbe auch als persönliches Recht diesem oder jenem verliehen werden?

Die Natur eines Realgewerberechts schließt die Concurrenz persönlicher Gewerberechte nicht aus: denn wenn schon nach deutschem Rechte vermöge der Idee der Personification von Sachen ein Gewerberecht auch auf ein Gebäude gelegt, also einer Sache ertheilt seyn kann, warum sollte nicht ein gleiches Recht entweder einer Person als solcher, unabhängig von einem Hausbesitze, zukommen können! Von dieser Ansicht geht wenigstens die württembergische Regierung aus, indem gewisse Gewerbs-Concessionen z. B. zur Brauerei, Branntweinbrennerei, Essigfabrikation von ihr bald persönlich, bald dinglich ertheilt werden. Allein es ist nicht zu läugnen, daß in früherer Zeit dißfalls genauere und durchgreifendere Unterschiede bestanden, beruhend auf der Beschaffenheit der einzelnen Gewerbe und der dadurch herbeigeführten Gewohnheit. Gewerbe, welche blos einen transportablen Handwerkszeug voraussetzen, und mit diesem aller Orten ausgeübt werden können, wurden eben darum als persönlich angesehen, wie z. B. das Gewerbe eines Schneiders, Schusters, Schreiners u. s. w. Andere dagegen, welche nur bei gewissen baulichen Einrichtungen vortheilhaft betrieben werden können, wurden gegründet auf die dazu eingerichteten Gebäude. Daher wurden laut oberamtlichen Berichtes vom 19. Mai 1819 die Schildwirthschafts-Gerechtigkeiten in Hall von jeher für Realrechte geachtet, dergestalt, daß wenn jemand auf einem unberechtigten Hause eine Wirthschaft errichten wollte, er vorher einem Anderen (ohne Zweifel mit Erlaubniß des Magistrats) seinen Schild abkaufen mußte. Die Bierbrauerei beruhte gleichfalls auf einer Realberechtigung; ebenso die Apotheken, Färbereien, Mezelbänke, Mühlwerke, Schmidten, Ziegelhütten. Hinsicht-

Digitized by Google

lich der Backhäuser aber heißt es in der Bäcker-Ordnung von 1698 ausdrücklich:

> Jedoch soll —— kein Becken-Knecht, er sey Meisters-Sohn, oder nicht, bei dem Handwerk eher aufgenommen werden, er besitze dann zuvor sein Beckenhaus Bestands oder Kaufweise.

Wenn ähnliche Gewerbe auch noch persönlich vorkamen, so gaben diese doch nicht gleiche Rechte, noch widerspricht ihre Existenz dem oben angegebenen Grunde der Realrechte. So ist von dem Schild- oder Gastwirthschaftsgewerbe wohl zu unterscheiden die bloße Schank- oder Gassenwirthschaft (Traiteurwirthschaft), welche keine besondern häuslichen Einrichtungen zur Beherbergung von Fremden und zur Aufnahme von Pferden voraussetzt und daher als ein persönliches Recht in Hall vorkommt, wie an andern Orten. Ebenso von dem eigentlichen Bäckergewerbe, welches auf dem Hause ruht, das sogenannte Kranzenbacken, das heißt das Backen des Brods aus dem von den Kunden gebrachten Mehl, welches weder einen größern Backofen, noch einen Speicher für Frucht und Mehlvorräthe, ebendarum aber auch kein Realrecht erfordert (vergl. Rathsprot. v. 1680 u. 1687). Auch das Mezgergewerbe war in Hall von jeher ein Realrecht und es hat daher die Mezgerzunft eine Zeit lang ihren Anspruch gemeinschaftlich mit der Bäckerzunft verfolgt; allein neben dem realen Mezgerbankrecht, welches auf den Besitz einer Mezelbank gegründet ist, und das Recht in sich schließt, auf eigene Rechnung und zum öffentlichen Verkauf Fleisch auszuschneiden und auszulegen, kommt noch vor die Hausmezgerei, welche gegen Taglohn in den Häusern getrieben wird. Hierzu bedarf es der Natur der Sache und so nun auch dem Herkommen nach keines Realrechts (Bericht vom Mai 1831).

## §. 4.

### Geschlossenheit einzelner Gewerbe in Verbindung mit der Dinglichkeit.

War nun aber auch die Grenze zwischen Real- und Personal-Gewerberechten ursprünglich durch die technische Beschaffenheit der einzelnen Gewerbe und die daran sich knüpfende Rechtsgewohnheit genau bestimmt, und wurden daher gewisse Gewerbe nur als Personal- andere nur als Realgewerbe ausgeübt, so scheint hieraus doch nicht hervorzugehen, daß dieses oder jenes Gewerbe nur Einem

Digitized by Google

oder einer bestimmten Anzahl von Gewerbetreibenden ein für allemal zukam, mit anderen Worten, daß dasselbe ein ausschließendes war; es müßte denn die ganze Zahl der Gewerbetreibenden für geschlossen erklärt, oder das Gewerbe als Bannrecht einem Einzelnen eingeräumt seyn.

Beide Ausnahmsfälle — Geschlossenheit der Zunft und Bannberechtigung — sind wohl zu unterscheiden. Jene enthält nur ein Verbietungsrecht gegen andere Produzenten, deren Konkurrenz innerhalb eines bestimmten Bezirks sie ausschließt, diese zugleich gegen die Consumenten, welche ihren Bedarf an gewissen Gewerbs-Erzeugnissen auch nicht auswärts befriedigen dürfen.

Von einem Bannrechte kann nun aber in dem gegenwärtigen Falle nicht die Rede seyn, denn es wird nicht behauptet, daß die Bürger der Stadt Hall oder gar die Einwohner der Umgegend ihren Bedarf an Brod bei den dortigen Bäckern nehmen müssen, sondern nur, daß die Concurrenz von Gewerbetreibenden dort beschränkt sei durch eine bestimmte Anzahl von Realbäcker-Gerechtigkeiten. Auch über die Geschlossenheit der Zunft liegt keine ausdrückliche Erklärung des vormaligen reichsstädtischen Magistrats vor, worin dieser sich verbindlich gemacht hätte, die Zahl der Bäckerhäuser nicht zu vermehren, oder über die bestehende Anzahl keine weitere Concession zu ertheilen. Vielmehr enthält die erneuerte Bäckerordnung von 1698 am Schlusse den Vorbehalt: „zu mehren, zu mindern oder abzuthun".

Demungeachtet muß die Bäckerzunft zu Hall, wenigstens nach ihrem Zustande vor Einführung der württembergischen Gesetzgebung als eine geschlossene im rechtlichen Sinne angenommen werden.

Geschlossen heißen diejenigen Zünfte oder Handwerker, welche auf eine gewisse Anzahl von Meistern eingeschränkt sind [16]).

Gewöhnlich wird in den Begriff der Geschlossenheit noch als Merkmal aufgenommen, daß dieselbe auf einen Freiheitsbrief sich gründe [17]). Ebenso behauptet Mittermaier [18]), daß eine Zunft

---

16) Weisser, das Recht der Handwerker §. 5. Danz Handb. des deutschen Priv.-Rechts Bd. V. S. 53.

17) Fricke, Grundsätze des Rechts der Handwerker §. 6. Runde, deutsches Priv.-Recht §. 470.

18) Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 508.

Digitized by Google

um die Aufnahme einem persönlich Befähigten zu verweigern, erst beweisen müsse, daß sie das Privilegium einer geschlossenen Zunft habe; und allerdings kann nach jetzigen Grundsätzen eine bisher ungeschlossene Zunft nur durch die Staatsgewalt in eine geschlossene verwandelt werden [19]).

Allein der bei Weitem gewöhnlichere Fall ist der, daß in den Zunftstatuten, welche, sofern sie von der Regierung ausgegangen oder genehmigt sind, gleichfalls die Natur von Privilegien haben, davon gelegenheitlich Meldung geschehen ist, wie z. B. in der würtembergischen Perückenmacher-Ordnung Art. 24. oder daß die Einrichtung sich gründet auf unvordenkliche Verjährung, welche dem Privilegium in ihren Wirkungen gleichkommt [20]).

Ein besonderes Privilegium (privilegium exclusivum) liegt nun allerdings in unserem Falle nicht vor. Ebensowenig ist in den Zunftstatuten die Anzahl der Realbäckergerechtigkeiten in der Stadt festgesetzt worden, während bei der Metzgerzunft diß allerdings der Fall war.

Dagegen spricht für die Geschlossenheit auch der Bäckerzunft:

a) schon die erwiesene Realität des Bäckergewerbes in Hall, wonach dieses nur auf gewissen, besonders berechtigten, Häusern ausgeübt werden kann; indem hier die Zahl der aufzunehmenden Mitglieder sich von selbst richtet nach der Zahl der vorhandenen Realgerechtigkeiten. Wenigstens nehmen in diesem Falle die Schriftsteller die Geschlossenheit der Zunft an, und namentlich bezeichnen dieselben das Bäckergewerbe als ein solches, bei welchem gewöhnlich diese Einrichtung Statt finde [21]). Auch steht diese Annahme nicht im Widerspruche mit obigem Grundsatz, wonach nur mit Genehmigung der Staatsgewalt eine Zunft für geschlossen erklärt werden kann, da die Realität eines Gewerbs der Rechtsidee nach gleichfalls nur auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Staats-Concession beruht. Indem daher die Staatsregierung die Realität eines bestimmten Gewerbs anerkennt, oder was gleichbedeutend ist, durch unvordenkliche Verjährung entstehen läßt, genehmigt sie gleich-

19) Preußisches Land-Recht Thl. III Tit. 8. §. 183.

20) Reyscher a. a. O. §. 253. Note 1.

21) Runde a. a. O. §. 478. Danz a. a. O. S. 33. 103 oben. Ortloff, Recht der Handwerker S. 5.

Digitized by Google

zeitig damit, daß die Zahl der Gewerbetreibenden beschränkt sey auf die vorhandenen Gewerbsniederlassungen, und daß daher die Zunft befugt sei, Gewerbslustigen, welche nicht den Besitz einer solchen Niederlassung nachweisen, den Eintritt in dieselbe zu versagen.

b) Das Herkommen, indem seit unvordenklicher Zeit an einer bestimmten Zahl von Backgerechtigkeiten gehalten, und über diese hinaus Niemanden der Eintritt in die Bäckerzunft gestattet wurde. Bezeugt wird dieses Herkommen durch das stadträthliche Schreiben vom 17. Jan. 1714, wonach in Hall sich „von mehreren Jahren her eine gewisse Anzahl Häuser befindet, auf welchen die Gerechtigkeit des Brodbackens und was deme anhänget, dergestalt haftet, daß sonsten nicht ohne sich erzeigende erhebliche sonderbare Ursach solches Bäckerhandwerk zu treiben vergönnet wird, auch bei vorkommender Verkaufung solcher ordinari Bäckenhäuser jederzeit die Gerechtigkeit in einem ziemlichen Anschlag mit verkauft zu werden pfleget"; ferner durch den stadträthlichen Bericht vom Mai 1831, wonach der Magistrat seit wenigstens 200 Jahren kein solches neues Realrecht errichten, vielmehr einige der bestehenden eingehen ließ; endlich durch das Häuserbuch von 1717 — 1748, worin 38 Backhäuser aufgeführt sind, von welchen eines im Jahr 1732 in Folge des Rückkaufs von Seiten der Stadt und Zunft eingegangen ist.

Damit stimmt auch überein, wenn schon im Jahr 1680 einem Bäcker, der keine Backgerechtigkeit besaß, nicht blos die Betreibung seines Gewerbs zum Verkaufe magistratisch untersagt, sondern auch sofort die Verwilligung der von ihm um Geld nachgesuchten neuen Backgerechtigkeit abgeschlagen wurde; ebenso die schon angeführte Bäckerordnung vom Jahre 1638 und der Rathsschluß vom 1. Sept. 1700, wonach kein Bäckerknecht bei dem Handwerk sich anmelden solle, er besitze denn zuvor sein Bäckerhaus bestands- oder kaufweise.

Daß an diesen Grundsätzen später etwas geändert worden, ist nicht erweislich. Vielmehr sieht man aus dem oberamtlichen und magistratischen Berichte vom 19. Mai 1819, daß damals sich immer noch, wie vor 100 Jahren, nicht mehr als 37 Bäckerhäuser in Hall befanden, und daß diese Zahl dem damaligen Bedürfnisse vollkommen genügte.

Hiernach kann es denn keinem Zweifel unterliegen, daß die Bäckerei in Hall nicht blos ein wahres Realgewerbe, sondern auch



Digitized by Google

bindung mit Wohnungen urkundlich vor [9]). Und wenn der reichsstädtische Magistrat nicht nur die gedachten Verpfändungen und Verkäufe in den öffentlichen Büchern eintragen ließ, sondern auch selbst die Backgerechtigkeit als Zubehörde einer Baustätte (area) erkaufte, so geht hieraus klar hervor, daß dieselbe als Vermögenstheil (pars patrimonii) auch öffentlich angesehen und behandelt ward.

Ganz entschieden drückt diß auch aus ein Schreiben des Magistrats in Hall an die Reichsstädte Eßlingen, Heilbronn, Nördlingen und Rothenburg an der Tauber, vom 14. Jan. 1714, worin derselbe aus Veranlassung der von einem Bäckermeister Textor nachgesuchten Verlegung der erkauften Bäckereigerechtigkeit auf ein anderes Haus sich dahin äußerte:

> welchermaßen in unserer Stadt sich von mehreren Jahren her eine gewisse Anzahl Häuser befindet, auf welchen die Gerechtigkeit des Brodbackens, und was deren anhänget, dergestalt haftet, daß sonsten nicht ohne sich erzeigende erhebliche sonderbare Ursache solches Bäckerhandwerk, ausser was jeder zu seinem eigenen Hausbrauch von nöthen hat, zu treiben vergönnet wird, auch bei vorkommender Verkaufung solcher ordinari Backhäuser jederzeit die Gerechtigkeit in einem ziemlichen Anschlag mit verkauft zu werden pflegt.

Erst in neuerer Zeit wurde der Bestand der seit Jahrhunderten bestandenen Realgerechtigkeiten von dem kön. Oberamte und der Regierung des Jaxtkreises in Abrede gezogen und behauptet, daß nicht blos jeder persönlich fähige Meister von dem Oberamte in die Zunft aufgenommen werden, sondern auch das Meisterrecht ausüben könne, auf welchem Hause er wolle. Demzufolge wurde auch bereits ein nicht mit einem berechtigten Backhause versehener Bürger, Namens Dötschmann, von jenen Behörden in die Zunft aufgenommen und zur Ausübung der Bäckerei zugelassen. Sollte diese Ansicht aufrecht erhalten werden, so würden die bisherigen Backgerechtigkeiten ihren Werth verlieren und dadurch den Besitzern der 37 berechtigten Häuser, in welchen allein die Bankbäckerei zu Hall bisher ausgeübt werden konnte, ein Schaden von etwa 74,000 fl. zugefügt werden. Dieselben haben daher über die Frage des Fort-

---

9) Ueber alles dieses fanden sich Belege in den Acten, welche wie andere Citate aus denselben hier füglich wegbleiben.

Digitized by Google

bestands sowohl, als über die zu ergreifenden Rechtsmittel zu Erhaltung ihrer Gerechtigkeiten ein rechtliches Gutachten sich erbeten, dessen schließliche Ansicht dahin ging:

1) daß die besagten Gerechtigkeiten rechtlich fortdauern;

2) daß, sollten auch dieselben durch die Staatsgesezgebung aufgehoben werden, jedenfalls den Berechtigten eine Entschädigung aus Staatsmitteln gebühre, welche nach den Grundsätzen von der Zwangsveräußerung zu ermessen sey;

3) über die bestrittene Fortdauer der Rechte sowohl, im Falle von Nro. 1, als über die Summe der Entschädigung, falls solche von dem Gesetzgeber nicht bestimmt, aber auch nicht ausgeschlossen sey, haben die Gerichte auf rechtliches Erfordern zu erkennen.

Die Grundsätze, welche dabei zur Sprache kamen, waren hauptsächlich folgende.

## §. 2.

## Realität einzelner Gewerbe überhaupt, insbesondere der Bäckerei.

Die Realgewerberechte haben regelmäßig darin ihren Grund, daß einzelne Gewerbe kostspielige häusliche Einrichtungen erfordern, welche sich nur alsdann lohnen, wenn das Geschäft an derselben Stelle bleibt, wie z. B. Fabriken, Apotheken, Mühlen, Brauereien [10]. Bei der Bäckerei scheint wenigstens die neuere Gesetzgebung das Bedürfniß einer dinglichen Concession nicht anerkannt zu haben, da der Betrieb derselben jetzt nicht mehr als Realrecht eingeräumt wird. Allein dieser Einwand würde zu viel beweisen, da auch andere Gewerbeberechtigungen, welche sonst immer zu den radizirten gezählt wurden, namentlich das Apothekerrecht, seit neuerer Zeit blos noch persönlich ertheilt werden [11]. Wenn wir daher zunächst von der neueren Gesetzgebung und Praxis absehen, und blos die Natur der Sache in Betracht ziehen wollen, so spricht diese allerdings für die reale Natur der Backgerechtigkeit, welche zum mindesten einen Bäckerofen voraussetzt, dessen Besitz auch bei getheilter Wohnung die Gerechtigkeit mit sich bringt. Nicht blos in Hall, auch anderwärts wurde daher die Bäckerei zu den Realrechten gezählt,

10) Reyscher, würt. Priv.-Recht §. 250.

11) Verhandl. der würt. Abgeord. v. 1836. 45. Sitzung. S. 10.

Digitized by Google

namentlich in Heilbronn nach einem Schreiben des dortigen reichsstädtischen Magistrats vom 30. Jan. 1714, worin es heißt:

> daß dergleichen Backgerechtigkeiten 34 daselbst seien, die Translocation aber sowohl mittelst Erkaufung von Posessoribus solcher Häuser, der sogenannten Thürlein oder Backgerechtigkeiten, als bloße Transferirung von den Bäcken der schon habenden, von einem Hauße in das Andere geschehe.

Ebenso in Nördlingen, dessen Magistrat am 26. Jan. 1714 auf die Anfrage der Stadt Hall erwiederte:

> daß gleichwie allhier ebenmäßig (wie in Euer ꝛc. Löblichen Stadt) des Bäckerhandwerks Artikul und Innung vermögen, daß ausser einer obrigkeitlich gesetzten Anzahl Bäckenhäuser keine weitere zugelassen, noch weniger aber eigenmächtig anzurichten gestattet werden sollen, als habe es gleichfalls mit eigenmächtiger Verziehung der Bäcker-Gerechtigkeit von einem Haus in das andere, in diese oder jene gewerbliche Straße obermeldte Verbotts-Beschaffenheit.

Desgleichen berichtet Beyer [12]) von Jena, daß daselbst über die vorhandene Zahl von Bäckern keiner angenommen werde, vielmehr jeder, welcher die Aufnahme in das Handwerk nachsuche, eine erledigte Werkstätte besitzen, auf einen gewissen Ofen muthen müße.

Wie oben symbolisch das Thürlein zum Backofen (pars pro toto [13]), so ist hier der Ofen selbst als nächster Gegenstand des Gebäudes genommen, worauf die Gerechtigkeit ruht.

Die Realrechte haben das Eigenthümliche, daß sie auf einer bestimmten Sache haften, und daher

1) mit dieser als eine Zubehörde auf jeden Besitzer übergehen [14]).

Gegen die Pertinenzqualität und somit gegen die dingliche Eigenschaft der in Frage stehenden Backgerechtigkeiten scheint nun aber

---

12) De origine, speciebus et interpretatione juris opificiarii cap. 4. §. 2. Nr. 123 u. 124.

13) S. meine Abhandlung über die Symbolik des germanischen Rechts in den Beiträgen zum deutschen Recht. Heft 1. S. 30.

14) Mevius ad jus Lubec. lib. III. Art. 12. Nro. 9. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gem. deutschen Rechts. §. 277. Reyscher a. a. O. §. 245.

Digitized by Google

zu sprechen, daß im Jahr 1732 eine Backgerechtigkeit von dem Magistrate ohne das Gebäude, worauf sie ruhte, an die Zunft verkauft, und von dieser sofort einzeln wieder verpfändet wurde.

Allein abgesehen davon, daß dieser einzelne Fall gegen die große Anzahl anderer Fälle, in welchen die Backgerechtigkeit als Zubehörde eines Backhauses erscheint, jedenfalls wohl nichts beweisen könnte, so dürfte derselbe vielmehr für als gegen die Realität des Bäckergewerbes sprechen, da die Stadt, um die betreffende Gerechtigkeit aufhören zu lassen, dieselbe erst mit dem Platze, worauf das berechtigte Haus stand, und der hier wie anderwärts das Gebäude auf demselben (die superficies) vertrat, an sich kaufte. Wenn nun aber der Magistrat, nachdem er die Gerechtigkeit als ein jus soli an sich gebracht hatte, dieselbe abgesondert von dem Grund und Boden, worauf sie ruhte, an die Bäckerzunft veräußerte, so lag darin nur theils ein Verzicht des Magistrats, die Gerechtigkeit wieder auf ein anderes Haus zu gründen, theils die Erklärung, daß die Zunft künftig mit 37 statt wie früher mit 38 Backgerechtigkeiten geschlossen seyn solle, jedenfalls aber eine Aufhebung der Gerechtigkeit selbst, und es folgt daraus weder, daß darüber, als über ein selbstständiges Recht, abgesondert von der Hauptsache verfügt werden konnte, noch daß die Gerechtigkeit als eine persönliche Berechtigung betrachtet wurde, wohl aber, daß die Verpfändung der einmal aufgehobenen Gerechtigkeit von Seite der Zunft eine in jeder Beziehung unstatthafte Handlung gewesen ist.

Aus der Realität des Gewerberechts folgt ferner:

2) daß solches nicht beliebig von einem Gebäude auf ein anderes übertragen werden kann, sondern daß hiezu ebenso, wie zu Gründung eines neuen Realgewerbs öffentliche Concession nothwendig ist[15]). Sehr unbestimmt drückt sich hierüber aus das oben angeführte Schreiben der Stadt Heilbronn vom Jahr 1714, während nach der gleichfalls erwähnten Antwort von Nördlingen an der Unzertrennlichkeit des Gewerberechts von dem Hause nicht zu zweifeln ist. Für die letztere Ansicht ist auch der Gebrauch in Hall, wie es scheint, immer gewesen. Namentlich heißt es in

---

15) Mevius l. c. Nro. 8. Kreittmayr, Anm. zum Cod. Max. Thl. V. cap. 27. §. 21. Reyscher a. a. O. §. 253. a. E.


Digitized by Google

dem Rathsschreiben an die Städte Rothenburg u. s. w. vom 14. Jan. 1714:

daß die Posessores die vorhin in solchen Gassen (wohin die Gerechtigkeit verlegt werden wollte) sich gegen solche vorgehabte Translation zum Höchsten beschwert und zu ihrem großen Präjudiz und Schaden zu geschehen vermeynt, daher auch aus dieser Ursach jederweilen intendirte Translation Obrigkeitlich abgeschlagen, ein und andermahl aber auch aus seinen Ursachen verwilligt worden.

Desgleichen in einem Gutachten des städtischen Rechtsconsulenten vom 14. März 1714 und wiederholt in einem Vortrage desselben Consulenten vom Jahr 1718:

daß dergleichen Translocationes eben nicht pro rebus merae facultatis sondern regulariter ex genere prohibitorum zu seyn bisher allhier dafür gehalten worden.

Und in einem Rathsbescheide vom 25. April 1714 als Anhang zu der Bäckerordnung von 1698:

daß inskünftig keinem Besitzer eines Beckenhauses erlaubt seyn solle, seine Backgerechtigkeit ohne das Hauß, worauf selbige vorhin gehaftet, gegen einen Anderen absonderlich zu verkaufen, oder auch auf eine andere Behausung nach eigener Willkühr zu transferiren, es seye dann vorher solches Vorhaben Einem Wohllöblichen Magistrat gebührend angezeigt, und der Obrigkeitliche Consens darüber vorgängig ausgewürkt worden, allmaßen auch solches durch einen besondern Artikul der allhiesigen Bäcker-Ordnung mit beizufügen befohlen worden.

Übereinstimmend hiermit bezeugt endlich noch ein oberamtlicher Bericht vom 19. Mai 1819:

daß die Backgerechtigkeit in der Stadt nicht ohne besondere Erlaubniß und vorherige genaue feuerpolizeiliche Prüfung auf ein anderes Haus transferirt werden könne.

## §. 3.

### Verhältniß des dinglichen Gewerberechts zu dem persönlichen.

Mit der Natur eines Realrechts steht auch nicht im Widerspruch, daß zum Betrieb des Gewerbs außer dem berechtigten

Digitized by Google

Hause eine persönliche Befähigung, nämlich die Erprobung als Meister und die Aufnahme in die Zunft erforderlich ist; denn diese persönliche Qualification, welche bei den zünftigen Gewerben regelmäßig vorausgesetzt wird, ist nur eine Bedingung der Ausübung des Gewerberechts, welches an sich auf dem Hause haftet, nicht des Erwerbs desselben.

Wenn nun aber auch die Backgerechtigkeit in Hall entschiedenermaßen als Realrecht vorkam, folgt daraus, daß dieselbe nur als Realrecht ausgeübt wurde, konnte nicht dieselbe auch als persönliches Recht diesem oder jenem verliehen werden?

Die Natur eines Realgewerberechts schließt die Concurrenz persönlicher Gewerberechte nicht aus: denn wenn schon nach deutschem Rechte vermöge der Idee der Personification von Sachen ein Gewerberecht auch auf ein Gebäude gelegt, also einer Sache ertheilt seyn kann, warum sollte nicht ein gleiches Recht entweder einer Person als solcher, unabhängig von einem Hausbesitze, zukommen können! Von dieser Ansicht geht wenigstens die württembergische Regierung aus, indem gewisse Gewerbs-Concessionen z. B. zur Brauerei, Branntweinbrennerei, Essigfabrikation von ihr bald persönlich; bald dinglich ertheilt werden. Allein es ist nicht zu läugnen, daß in früherer Zeit dißfalls genauere und durchgreifendere Unterschiede bestanden, beruhend auf der Beschaffenheit der einzelnen Gewerbe und der dadurch herbeigeführten Gewohnheit. Gewerbe, welche blos einen transportablen Handwerkszeug voraussetzen, und mit diesem aller Orten ausgeübt werden können, wurden eben darum als persönlich angesehen, wie z. B. das Gewerbe eines Schneiders, Schusters, Schreiners u. s. w. Andere dagegen, welche nur bei gewissen baulichen Einrichtungen vortheilhaft betrieben werden können, wurden gegründet auf die dazu eingerichteten Gebäude. Daher wurden laut oberamtlichen Berichtes vom 19. Mai 1819 die Schildwirthschafts-Gerechtigkeiten in Hall von jeher für Realrechte geachtet, dergestalt, daß wenn jemand auf einem unberechtigten Hause eine Wirthschaft errichten wollte, er vorher einem Anderen (ohne Zweifel mit Erlaubniß des Magistrats) seinen Schild abkaufen mußte. Die Bierbrauerei beruhte gleichfalls auf einer Realberechtigung; ebenso die Apotheken, Färbereien, Mezelbänke, Mühlwerke, Schmidten, Ziegelhütten. Hinsicht-

Digitized by Google

lich der Backhäuser aber heißt es in der Bäcker-Ordnung von 1698 ausdrücklich:

> Jedoch soll —— kein Becken-Knecht, er sey Meisters-Sohn, oder nicht, bei dem Handwerk eher aufgenommen werden, er besitze dann zuvor sein Beckenhaus Bestands oder Kaufweise.

Wenn ähnliche Gewerbe auch noch persönlich vorkamen, so gaben diese doch nicht gleiche Rechte, noch widerspricht ihre Existenz dem oben angegebenen Grunde der Realrechte. So ist von dem Schild- oder Gastwirthschaftsgewerbe wohl zu unterscheiden die bloße Schank- oder Gassenwirthschaft (Traiteurwirthschaft), welche keine besondern häuslichen Einrichtungen zur Beherbergung von Fremden und zur Aufnahme von Pferden voraussetzt und daher als ein persönliches Recht in Hall vorkommt, wie an andern Orten. Ebenso von dem eigentlichen Bäckergewerbe, welches auf dem Hause ruht, das sogenannte Kranzenbacken, das heißt das Backen des Brods aus dem von den Kunden gebrachten Mehl, welches weder einen größern Backofen, noch einen Speicher für Frucht und Mehlvorräthe, ebendarum aber auch kein Realrecht erfordert (vergl. Rathsprot. v. 1680 u. 1687). Auch das Mezgergewerbe war in Hall von jeher ein Realrecht und es hat daher die Mezgerzunft eine Zeit lang ihren Anspruch gemeinschaftlich mit der Bäckerzunft verfolgt; allein neben dem realen Mezgerbankrecht, welches auf den Besitz einer Mezelbank gegründet ist, und das Recht in sich schließt, auf eigene Rechnung und zum öffentlichen Verkauf Fleisch auszuschneiden und auszulegen, kommt noch vor die Hausmezgerei, welche gegen Taglohn in den Häusern getrieben wird. Hierzu bedarf es der Natur der Sache und so nun auch dem Herkommen nach keines Realrechts (Bericht vom Mai 1831).

## §. 4.

### Geschlossenheit einzelner Gewerbe in Verbindung mit der Dinglichkeit.

War nun aber auch die Grenze zwischen Real- und Personal-Gewerberechten ursprünglich durch die technische Beschaffenheit der einzelnen Gewerbe und die daran sich knüpfende Rechtsgewohnheit genau bestimmt, und wurden daher gewisse Gewerbe nur als Personal- andere nur als Realgewerbe ausgeübt, so scheint hieraus doch nicht hervorzugehen, daß dieses oder jenes Gewerbe nur Einem

Digitized by Google

oder einer bestimmten Anzahl von Gewerbetreibenden ein für allemal zukam, mit anderen Worten, daß dasselbe ein ausschließendes war; es müßte denn die ganze Zahl der Gewerbetreibenden für geschlossen erklärt, oder das Gewerbe als Bannrecht einem Einzelnen eingeräumt seyn.

Beide Ausnahmsfälle — Geschlossenheit der Zunft und Bannberechtigung — sind wohl zu unterscheiden. Jene enthält nur ein Verbietungsrecht gegen andere Produzenten, deren Konkurrenz innerhalb eines bestimmten Bezirks sie ausschließt, diese zugleich gegen die Consumenten, welche ihren Bedarf an gewissen Gewerbs-Erzeugnissen auch nicht auswärts befriedigen dürfen.

Von einem Bannrechte kann nun aber in dem gegenwärtigen Falle nicht die Rede seyn, denn es wird nicht behauptet, daß die Bürger der Stadt Hall oder gar die Einwohner der Umgegend ihren Bedarf an Brod bei den dortigen Bäckern nehmen müssen, sondern nur, daß die Concurrenz von Gewerbetreibenden dort beschränkt sei durch eine bestimmte Anzahl von Realbäcker-Gerechtigkeiten. Auch über die Geschlossenheit der Zunft liegt keine ausdrückliche Erklärung des vormaligen reichsstädtischen Magistrats vor, worin dieser sich verbindlich gemacht hätte, die Zahl der Bäckerhäuser nicht zu vermehren, oder über die bestehende Anzahl keine weitere Concession zu ertheilen. Vielmehr enthält die erneuerte Bäckerordnung von 1698 am Schlusse den Vorbehalt: „zu mehren, zu mindern oder abzuthun".

Demungeachtet muß die Bäckerzunft zu Hall, wenigstens nach ihrem Zustande vor Einführung der württembergischen Gesetzgebung als eine geschlossene im rechtlichen Sinne angenommen werden.

Geschlossen heißen diejenigen Zünfte oder Handwerker, welche auf eine gewisse Anzahl von Meistern eingeschränkt sind [16].

Gewöhnlich wird in den Begriff der Geschlossenheit noch als Merkmal aufgenommen, daß dieselbe auf einen Freiheitsbrief sich gründe [17]. Ebenso behauptet Mittermaier [18], daß eine Zunft

---

16) Weisser, das Recht der Handwerker §. 5. Danz Handb. des deutschen Priv.-Rechts Bd. V. S. 53.

17) Fricke, Grundsätze des Rechts der Handwerker §. 6. Runde, deutsches Priv.-Recht §. 470.

18) Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 508.

Digitized by Google

um die Aufnahme einem persönlich Befähigten zu verweigern, erst beweisen müsse, daß sie das **Privilegium** einer geschlossenen Zunft habe; und allerdings kann nach jetzigen Grundsätzen eine bisher ungeschlossene Zunft nur durch die Staatsgewalt in eine geschlossene verwandelt werden [19]).

Allein der bei Weitem gewöhnlichere Fall ist der, daß in den **Zunftstatuten**, welche, sofern sie von der Regierung ausgegangen oder genehmigt sind, gleichfalls die Natur von Privilegien haben, davon gelegenheitlich Meldung geschehen ist, wie z. B. in der würtembergischen Perückenmacher-Ordnung Art. 24. oder daß die Einrichtung sich gründet auf unvordenkliche Verjährung, welche dem Privilegium in ihren Wirkungen gleichkommt [20]).

Ein besonderes Privilegium (privilegium exclusivum) liegt nun allerdings in unserem Falle nicht vor. Ebensowenig ist in den Zunftstatuten die Anzahl der Realbäckergerechtigkeiten in der Stadt festgesetzt worden, während bei der Metzgerzunft diß allerdings der Fall war.

Dagegen spricht für die Geschlossenheit auch der Bäckerzunft:

a) schon die erwiesene **Realität** des Bäckergewerbes in Hall, wonach dieses nur auf gewissen, besonders berechtigten, Häusern ausgeübt werden kann; indem hier die Zahl der aufzunehmenden Mitglieder sich von selbst richtet nach der Zahl der vorhandenen Realgerechtigkeiten. Wenigstens nehmen in diesem Falle die Schriftsteller die Geschlossenheit der Zunft an, und namentlich bezeichnen dieselben das Bäckergewerbe als ein solches, bei welchem gewöhnlich diese Einrichtung Statt finde [21]). Auch steht diese Annahme nicht im Widerspruche mit obigem Grundsatz, wonach nur mit Genehmigung der Staatsgewalt eine Zunft für geschlossen erklärt werden kann, da die Realität eines Gewerbs der Rechtsidee nach gleichfalls nur auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Staats-Concession beruht. Indem daher die Staatsregierung die Realität eines bestimmten Gewerbs anerkennt, oder was gleichbedeutend ist, durch unvordenkliche Verjährung entstehen läßt, genehmigt sie gleich-

19) Preußisches Land-Recht Thl. III Tit. 8. §. 183.
20) Reyscher a. a. O. §. 253. Note 1.
21) Runde a. a. O. §. 478. Danz a. a. O. S. 33. 103 oben. Ortloff, Recht der Handwerker S. 5.

Digitized by Google

zeitig damit, daß die Zahl der Gewerbetreibenden beschränkt sey auf die vorhandenen Gewerbsniederlassungen, und daß daher die Zunft befugt sei, Gewerbslustigen, welche nicht den Besitz einer solchen Niederlassung nachweisen, den Eintritt in dieselbe zu versagen.

b) Das Herkommen, indem seit unvordenklicher Zeit an einer bestimmten Zahl von Backgerechtigkeiten gehalten, und über diese hinaus Niemanden der Eintritt in die Bäckerzunft gestattet wurde. Bezeugt wird dieses Herkommen durch das stadträthliche Schreiben vom 17. Jan. 1714, wonach in Hall sich „von mehreren Jahren her eine gewisse Anzahl Häuser befindet, auf welchen die Gerechtigkeit des Brodbackens und was deme anhänget, dergestalt haftet, daß sonsten nicht ohne sich erzeigende erhebliche sonderbare Ursach solches Bäckerhandwerk zu treiben vergönnet wird, auch bei vorkommender Verkaufung solcher ordinari Bäckenhäuser jederzeit die Gerechtigkeit in einem ziemlichen Anschlag mit verkauft zu werden pfleget"; ferner durch den stadträthlichen Bericht vom Mai 1831, wonach der Magistrat seit wenigstens 200 Jahren kein solches neues Realrecht errichten, vielmehr einige der bestehenden eingehen ließ; endlich durch das Häuserbuch von 1717 — 1748, worin 38 Backhäuser aufgeführt sind, von welchen eines im Jahr 1732 in Folge des Rückkaufs von Seiten der Stadt und Zunft eingegangen ist.

Damit stimmt auch überein, wenn schon im Jahr 1680 einem Bäcker, der keine Backgerechtigkeit besaß, nicht blos die Betreibung seines Gewerbs zum Verkaufe magistratisch untersagt, sondern auch sofort die Verwilligung der von ihm um Geld nachgesuchten neuen Backgerechtigkeit abgeschlagen wurde; ebenso die schon angeführte Bäckerordnung vom Jahre 1638 und der Rathsschluß vom 1. Sept. 1700, wonach kein Bäckerknecht bei dem Handwerk sich anmelden solle, er besitze denn zuvor sein Bäckerhaus bestands- oder kaufweise.

Daß an diesen Grundsätzen später etwas geändert worden, ist nicht erweislich. Vielmehr sieht man aus dem oberamtlichen und magistratischen Berichte vom 19. Mai 1819, daß damals sich immer noch, wie vor 100 Jahren, nicht mehr als 37 Bäckerhäuser in Hall befanden, und daß diese Zahl dem damaligen Bedürfnisse vollkommen genügte.

Hiernach kann es denn keinem Zweifel unterliegen, daß die Bäckerei in Hall nicht blos ein wahres Realgewerbe, sondern auch



Digitized by Google

ein geschlossenes Gewerbe war, und daß demnach ohne den Besitz eines mit diesem Rechte versehenen Hauses, wenn auch unter Erfüllung aller übrigen Bedingungen, Niemand den Eintritt in die Bäckerzunft zu Hall erlangen konnte.

## §. 5.

### Von den Rechten der Obrigkeit in Hinsicht auf neue Realconcessionen.

Diesem steht auch nicht entgegen, wenn am Schlusse der Bäckerordnung vom Jahre 1698 dem Magistrate vorbehalten ist: zu mehren, zu mindern oder abzuthun; denn diese in den Handwerksordnungen ganz gewöhnliche Clausel bezieht sich nur auf Änderungen in dem Handwerksstatut, nicht auf die Zahl der vorhandenen Gerechtigkeiten, welche in demselben nicht festgesetzt ist. Es war also keineswegs die Absicht dabei, die Geschlossenheit der Bäckerzunft aufzuheben, das heißt jedem persönlich Befähigten den Eintritt zu gestatten, sondern dem Rathe der Stadt, als der damaligen Regierung, die ihm ohnediß zukommende Aufsicht und Gesetzgebung in Zunftsachen vorzubehalten. Darnach findet denn auch eine Aeußerung in der Sitzung der zweiten Kammer vom 12. Febr. 1828 ihre Berichtigung, welche jenen Vorbehalt geradezu auf die Veränderung der Gewerbezahl bezogen haben wollte [22].

Selbst eine Vermehrung der zünftigen Meisterzahl war übrigens unserer Ansicht nach dem Stadtmagistrate mit Rücksicht auf das gemeine Beste der Stadt unbenommen; denn aus dem Realverbande der Zunft folgte zunächst nur, daß man, um die Aufnahme in die Zunft zu erlangen, sich über den Besitz eines berechtigten Hauses auszuweisen habe, nicht aber, daß eine neue Realconcession von der Obrigkeit nicht könne ertheilt werden. Zwar behaupten einige Schriftsteller, daß, wenn auf einer Anzahl von Häusern ein bestimmtes Gewerbe ruhe, weder der Landesherr, noch der Magistrat die Zahl derselben ohne Einwilligung der bereits Berechtigten vermehren könne, wenn nicht ein besonderer Vertrag mit der Zunft oder die Observanz etwas Anderes eingeführt haben [23].

---

22) Verh. der Abg. von 1828. Heft II. S. 495.

23) Riccius, Spicil. juris. germ. pag. 405. Selchow, Elem. juris germ. §. 335. a. E.

Digitized by Google

Allein aus der Natur eines Realgewerberechts folgt dieses nicht, da durch die Concession nur ein neues Realgewerberecht geschaffen, folglich die eigenthümliche Vorbedingung erfüllt wird, welche der Betrieb des bestimmten Gewerbs voraussetzt. Ebensowenig aus der Geschlossenheit der Zunft, welche in dem gedachten Falle nur Folge der Realität des Gewerbs ist und auch da, wo sie sich auf ausdrückliche Privilegien gründet, die Regierung nicht hindert, die bestimmte Anzahl von Meistern auch wider Willen der Zunft zu vermehren [24]).

Nur wie die Geschlossenheit der Zunft selbst im Zweifel ihre guten Gründe hat, nämlich den einmal bestehenden Nahrungszustand nicht zu verkümmern und ohne Bedürfniß nicht zu neuen Niederlassungen anzureizen, so darf andererseits die Regierung ohne dringende Ursache die einmal gesetzte Zahl von Zunftmitgliedern, beziehungsweise Realrechten, nicht vermehren; sondern sie wird theils mit Rücksicht auf die bereits wohl erworbenen Rechte der ansäßigen Meister, theils im Interesse des Publikums, welchem mit Uebersetzung der Gewerbe gleichfalls nicht gedient ist, der geschlossenen Zunft weitere Mitglieder nur dann aufdringen, wenn in den Consumtions-Verhältnissen eine Aenderung eingetreten ist, und daher die frühere Zahl dem neuen Bedürfnisse nicht mehr entspricht, ohne aber dadurch das Prinzip der Geschlossenheit aufzugeben, welches auch bei veränderter Zahl immer noch Anwendung findet.

Daß zu einer solchen Aenderung bei der Bäckerzunft zu Hall die Einwilligung der Zunft nothwendig gewesen, mit anderen Worten, daß die Zahl der hergebrachten Bäckerhäuser nur mit Bewilligung der Zunft habe vermehrt werden können, wie in einer Eingabe vom 30. Dez. 1814 behauptet ward, dafür spricht allerdings der Vorgang vom Jahre 1728, wo nach dem Brande der Stadt der Magistrat das Bäckerhandwerk durch dessen Hauptmann zusammenkommen ließ, um von demselben zu vernehmen, ob es nöthig, mehr Bäckerhäuser, als bereits vorhanden, und wie viel derselben

24) Kais. Patent v. 1731. §. 13 a. E. bei Emminghaus corp. jur. germ. Thl. II. S. 461. J. J. Moser, von der Landeshoheit in Polizeisachen Cap. IX. §. 9. Weisser, das Recht der Handwerker §. 5. Siebenkees Beiträge zum deutschen Recht Th. I. S. 85 f. Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts §. 470.



Digitized by Google

zu errichten. Ebenso die Analogie der Landbäckermeister zu Ilzhofen und Vellberg, welche gleichfalls auf eine bestimmte Zahl gesetzt und der Zunft in Hall zugetheilt waren, und bei welchen selbst im Falle nachgesuchter Transferirung einer Backgerechtigkeit förmlicher Consens der übrigen Bäcker eingeholt wurde. Endlich der schon angeführte Umstand, daß, um eine der bestehenden Backgerechtigkeiten eingehen zu lassen, der Magistrat dieselbe an die Zunft verkaufte, unter der Bedingung, daß sie eingehe. Hier ward nämlich die Beschränkung der Backgerechtigkeiten auf die gegenwärtige Anzahl von 37 von der Zunft durch einen lästigen Vertrag erworben; es sollte also folgerecht dieselbe auch nur mit ihrer Einwilligung wieder aufgehoben werden können. Indessen gibt die Zunft in ihrer Eingabe vom Jahre 1814 selbst zu, daß der Magistrat gegen den Willen der Zunft dann, „wenn bloße auf offenbar unerheblichen Gründen beruhende Renitenz vorhanden war, ein Mitglied in solche aufnahm," daß also von Obrigkeitswegen der Consens des Handwerks ergänzt werden konnte. Und wenn gleich ein bestimmter Fall, wo der Magistrat zu Hall auf diese Weise eingeschritten wäre oder einzuschreiten Veranlassung gehabt hätte, nicht bekannt ist, so läßt sich doch nicht zweifeln, daß dem polizeilichen Aufsichtsrecht über die Zünfte, welches in den Städten dem Rathe von jeher zukam [25], auch die geschlossenen Zünfte unterworfen waren, und daß vermöge dieses Rechts die Stadtregierung allerdings befugt gewesen, auch gegen den Willen der Zunft die Aufnahme in dieselbe zu erzwingen, falls solche wider Gebühr verweigert worden wäre.

## §. 6.

## Heutiger Stand der Gesetzgebung in Hinsicht auf die Realgewerbe.

Die Realität und die Geschlossenheit der Gewerbe sind wie andere Ausnahme= und Schutzrechte in neuerer Zeit sowohl von Regierungen, als von national=ökonomischen Schriftstellern [26] als dem

25) Wilda, das Gildenwesen im Mittelalter S. 328.

26) Ich citire statt vieler Schriftsteller nur Einen, der als Repräsentant der äußersten Meinung gelten kann: F. A. Benedict, der Zunftzwang und die Bannrechte gegenüber der Vernunft, dem Rechte und der Wissenschaft. Leipzig 1835, wo auch S. 13 f. zahlreiche Literatur.

Digitized by Google

freien Verkehre hinderlich angesehen und deshalb mehrfach theils durch allgemeine Gesetze [27]), theils durch einzelne Regierungsmaßregeln zu entfernen gesucht worden; und vielleicht darf man sich eben deshalb weniger wundern, daß die Wissenschaft so wenig Kenntniß von jenen Rechten genommen, weil es schien, daß dieselben bereits untergegangen seyen [28]). Indessen ist die Ungunst der Zeit, unter welcher mancherlei aus früherer Zeit herübergekommene Rechtsverhältnisse gegenwärtig (zum Theil wohl nur vorübergehend) leiden, kein genügender Grund für die positive Rechtswissenschaft, sie ganz zu übergehen, da theils die Annahme der Nichtgültigkeit jener Institute auf einem Irrthume beruhen könnte, theils wenigstens die Erforschung derselben nothwendig ist zur Kenntniß des Rechts der Vergangenheit und so mittelbar zur Erkenntniß der Gegenwart.

Auch in Württemberg besteht die Meinung, und sie hat selbst hohe Autoritäten für sich [29]), daß Realgewerberechte hier entweder

---

27) Ueber die Abschaffung der Realgewerbe in Baiern durch die Verordnung vom 1. Dez. 1804 siehe v. Krüll, über die Vorzüge der Realgewerbsgerechtigkeiten. Landshut 1815. C. Wolf (Privatdocent und bürgerlicher Buchdrucker), die Lehre von den Gewerbsprivilegien. München 1829 (bei dem Verf.). In Preußen sind die Realconcessionen abgeschafft durch ein Gesetz v. 2. Nov. 1810. S. jedoch Maurenbrecher, deutsches Privatrecht. 2. Aufl. § 352. Note 14.

28) Ueber die ehehaften und radicirten Gewerbe in Oesterreich ob der Enz s. Nippel in Wagners Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit Bd. II. S. 166 f.

29) Bei der ständischen Berathung der Gewerbeordnung im Jahre 1828 sind drei ganz entgegengesetzte Meinungen geäußert worden:

1) Der damalige Minister des Innern behauptete, die in den neuen Landen früher üblichen Realgewerberechte seyen, als den altwürttembergischen Gesetzen unbekannt, mit Einführung der letztern in Neuwürttemberg aufgehoben worden.

2) Der Abgeordnete von Hall war der Meinung: nach der Gewerbeordnung sey die Berechtigung zu einem Gewerbe blos persönlich, es seyen somit die Realrechte durch dieses Gesetz aufgehoben.

3) Der Abgeordnete von Saulgau endlich glaubte, die Gewerbeordnung lasse die Realgewerberechte unberührt.

Ueber keine dieser Meinungen wurde entschieden, sondern der Antrag des Abgeordneten von Hall, wonach in dem Gesetze selbst

nie gewesen, oder doch wenigstens jetzt nicht mehr seyen. Allerdings findet sich bei den württembergischen Schriftstellern bis auf die neuere Zeit [30]) keine Hinweisung darauf. Ebensowenig enthalten die württembergischen Gesetze allgemeine Vorschriften über Realgewerberechte. Allein daraus darf man nicht schließen, daß diese Rechte in Württemberg unbekannt geblieben oder daß sie nicht geduldet worden seyen; vielmehr gab es sowohl geschlossene persönliche Gewerbe als Realgewerbe. Ein Beispiel der erstern Art liefern die Perrückenmacher in Stuttgart und Tübingen (oben S. 64.), ein Beispiel der letztern die Bierbrauer zu Heidenheim, welche in der Bierbrauer-Ordnung von 1618 [31]) auf eine bestimmte Zahl von Braustätten gesetzt sind. Die Gesetzgebung des Landes schloß also diese Einrichtungen nicht aus, vielmehr haben darüber neben der allgemeinen Natur der gewerblichen Verhältnisse wohl immer die örtlichen Gewohnheiten und Bedürfnisse entschieden. Auch schützten die früheren Gesetze gegen Übersetzung der einzelnen Gewerbe insofern, als sie hierauf bei der Aufnahme Rücksicht zu nehmen geboten [32]).

Auch die Gesetzgebung von 1807 bis 1828 hat die Realrechte unberührt gelassen; denn der einzige Ausspruch, welcher hieher bezogen werden könnte, das Spezialdecret vom 5. Mai 1807 [33]), ist nur gegen „ausschließliche Monopol-Privilegien," wodurch eine Gewerbsanstalt zum Nachtheil der anderen Anstalten begünstigt würde, und welche schon nach dem Erbvergleich von 1770. Cl. IV. §. 11.

---

die Aufhebung der Realrechte ausgesprochen werden sollte, vorbehältlich des Rechts der Entschädigung, an die Commission zur Begutachtung verwiesen (Verh. der Abg. von 1828. Heft 2. S. 494 —497), welche aber nicht erfolgt ist.

30) Zuerst wurde darauf hingewiesen in meinem württ. Privatrecht Bd. I. §. 250 f. Nur der Bannrechte, welche nach meiner Ansicht bei den Realgewerben abzuhandeln sind, gedachte früher Weishaar in seinem Privatrechte. 2. Aufl. §. 478 ganz kurz und mit der Bemerkung: die Natur derselben zu entwickeln sey unmöglich, da es bei der Beurtheilung eines jeden auf die Umstände der Erwerbung ankomme! In der dritten Auflage ist aber auch dieser § weggefallen.

31) Weisser, Recht der Handwerker. Beil. S. 456.

32) Landtagsabschied v. 1618 § als erstlich ꝛc. in der Landesgrundverfassung S. 387. Communordn. von 1758. Cap. 2. Abschn. 12. §. 12.

33) Gesetzsammlung Thl. VII. S. 94.

Digitized by Google

(Gesetzsamml. II. S. 590), wie auch jetzt wieder nach der Verfassungsurkunde §. 31 nicht ertheilt werden sollen, nicht aber gegen Gewerbsprivilegien überhaupt, insbesondere gegen dingliche Ermächtigungen gerichtet, welche die Sicherung des gewerblichen Verkehrs und den dauerhaften Bestand der vorhandenen Gewerbsniederlassungen zum Zwecke haben. Daher wurden auch mehrere Concessionen z. B. das Schildwirthschaftsrecht, Braurecht forthin in der Regel dinglich ertheilt [34]).

Die Verhältnisse der Bäckerzunft zu Hall blieben also, wie sie oben geschildert sind, bis zur neuen Gewerbegesetzgebung. Nur suchte sich die Zunft mehrmals dadurch gegen Anfechtungen zu sichern, daß sie sich von den die Aufnahme nachsuchenden Bäckern einen Revers ausstellen ließ, worin sie sich verbindlich machten, nur dann, wenn sie eine Backgerechtigkeit eigenthümlich oder pachtweise besitzen würden, ihr Gewerbe selbstständig betreiben zu wollen. Hiernach scheint das zünftige Meisterrecht allerdings auch solchen ertheilt worden zu seyn, welche noch kein Realrecht inne hatten; aber die Ausübung desselben ward forthin abhängig gemacht von dem Besitze eines solchen Rechts, sey es in eigenem oder fremdem Namen. Auf den Grund eines derartigen Reverses wurde im Jahr 1816 ein bei der höhern Behörde eingereichtes Concessionsgesuch abgewiesen. Ebenso ergibt sich das Fortbestehen der Realrechte aus dem Bericht des Oberamts und Magistrats vom Jahr 1819, und aus einem Erlasse der Kön. Kreisregierung vom 20. März 1820, wodurch in der Beschwerdesache des Bäckermeisters H. auf höhern Befehl ausgesprochen wurde:

> daß, so lange er in dem Besitze des erkauften mit einer Backgerechtigkeit versehenen Hauses bleibe, ihm die Treibung des Bäckerhandwerks auf solchem nicht versagt werden könne, und er mithin in diesem Falle keine besondere Concession bedürfe.

Auch die Gewerbe-Ordnung vom 22. April 1828 [35]) hob die Realgewerberechte nicht ausdrücklich auf; sondern sagte von der Fabrik-Concession geradezu, daß dieselbe auf der Gewerbs-Einrichtung

---

34) Umgeldsordnung von 1815. §. 9. (Gesetzsamml. XVIII. S. 1035.) Gesetz über die Wirthschafts-Abgaben vom 9. Juli 1827. Art. 3.

35) Württ. Reg.Bl. von 1828. S. 37.


Digitized by Google

ruhe, und nicht auf die Person des ersten Unternehmers beschränkt sey (Art. 120). Ebenso die revidirte Gewerbe-Ordnung v. 5. Aug. 1836 (Art. 118 [36])), bei deren Verabschiedung von der zweiten Kammer gegen die erste geäußert worden, daß mit Ausnahme der Krämereien (?), der Bier- und Branntweinschenken die meisten Concessionen mit Realrecht ertheilt werden, und selbst die in dem Art. 124 der allgemeinen Gewerbe-Ordnung hieher bezogenen Apotheken und Mühlen Realrechte seyen, die ohne Nachtheil für das Publikum nie stille stehen können, und ohne Gefahr für den einmal Concessionirten nicht zu sehr vermehrt werden sollten. Diß wurde bemerkt zur Vertheidigung der im Entwurfe beantragten Verjährbarkeit der Concessionen, auch der Realgewerberechte, von welchen die erste Kammer sogar behauptete, daß sie unverjährbar (?) seyen [37]).

Für den Betrieb zünftiger Gewerbe werden allerdings in der Regel keine Concessionen, also auch keine Realconcessionen ertheilt; vielmehr ist derselbe nach dem Gesetze nur von gewissen persönlichen Vorbedingungen abhängig [38]). Allein eine Ausnahme macht das Gesetz Art. 113. 114 bei der Kram-Concession, welche nur in so weit ertheilt wird, als das beabsichtigte Gewerbe dem nöthigen Bedürfniß entspricht. Und die Kram-Concession wird in der Instr. vom 12. Oct. 1837. §. 105 und 106 als eine dingliche Berechtigung vorausgesetzt. Es widerspricht also die Ertheilung von Realconcessionen wenigstens nicht dem Geiste der Gewerbeordnung, und jedenfalls ist kein Grund in dem Gesetze vorhanden, die bereits ertheilten Real-Concessionen auszuschließen [39]).

## §. 7.

### Von den Rechtsmitteln zum Schutze der Realgewerberechte. Kann auch davon gegen die Staatsbehörde Gebrauch gemacht werden?

Nach allgemeinen Grundsätzen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß zum Schutze gestörter Realgewerberechte sowohl possesso-

36) Württ. Reg.Bl. von 1836. S. 385.

37) Verh. der Standesherrn von 1836. Heft II. S. 434.

38) Revid. Gewerbeordn. von 1836. Art. 12. 45 f.

39) Reyscher, württemb. Privatrecht. §. 250. v. Bolley in Sarweys Monatschrift II. Bd. Beil. S. 52.

Digitized by Google

rische als petitorische Rechtsmittel zulässig sind. Die Realrechte sind nämlich vermöge ihrer Verbindung mit unbeweglichen Sachen immer als Gegenstände eines wahren Interdictenbesitzes betrachtet worden [40]). Daher ward z. B., als im vorigen Jahrhundert die Stadt Hall eine Wirthschaft auf der rothen Steige in der Pfarrei Michelfeld errichtete, wo Komburg die Erbschenkstätte hatte, derselben auf Imploration des Berechtigten die Schildaushängung durch reichskammergerichtliches Mandat untersagt [41]). Ebenso hat die Praxis nach Analogie der Servituten zur Verfolgung von Privilegien und Realrechten eine dingliche Klage (actio confessoria utilis) eingeräumt [42]).

Indessen fragt es sich: sind diese Rechtsmittel in dem vorliegenden Falle nicht durch das den Regierungsbehörden in Handwerkssachen zunächst zustehende Cognitions- und Entscheidungsrecht aufgehalten, ist nicht erst ein außergerichtlicher Schutz bei dem K. Ministerium des Innern nachzusuchen?

Gewiß ist, daß nach dem vormaligen Reichsrechte „Sachen, die von der bei einem Stande eingeführten guten Polizei, Zunft- und Handwerks-Ordnungen abhangen," durch Appellation an das Kammergericht gebracht werden konnten [43]); und wenn gleich nach der kaiserlichen Wahlkapitulation [44]) die Hoheits- und Regierungsrechte, besonders in Polizeisachen, von den Reichsgerichten unangetastet gelassen werden sollten, so läßt sich doch nicht bestreiten, daß Klagen über verletzte Privatrechte, auch wenn solche mit Polizeisachen zusammenhiengen, und namentlich, wie obiger Fall beweist, über Realgewerberechte für Justizsachen gehalten wurden. Kann man nun auch fragen: ob für die aufgehobenen Reichsgerichte in politischer Beziehung, insbesondere bei Beschwerden der Landstände, ein ge-

40) Puchta, über gerichtl. Klagen S. 244. 274. Dunker in dieser Zeitschrift Bd. II. Heft 2. S. 49. 96 f.

41) Oberamtl. Bericht von 1819.

42) Glück, Pand.Comm. Bd. X. S. 244. Thibaut, Pand.R. §. 33. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen deutschen Rechts. §. 280. Puchta a. a. O. S. 272. 274. Reyscher, württemb. Privatrecht. §. 245. Note 10.

43) Jüngster Reichsabschied §. 106.

44) Art. 1. §. 8. Vergl. Häberlin, Geschichte der neuesten kais. Wahlkapitulation. Leipzig 1792. S. 40 f.

Digitized by Google

meinsamer Ersatz in den heutigen Bundesgerichten geworden sey, so wird doch zugegeben werden müssen, daß, nachdem die Appellation an die Reichsgerichte weggefallen, der Schutz wahrer Privatrechte um so vollständiger durch die Landesgerichte zu ertheilen sey. Auch die durchgehende Trennung der Justiz von der Verwaltung, welche in einigen Staaten versucht worden, ist nur ein Grund weiter für die Entscheidung wahrer Justizsachen durch die Gerichte, nicht aber für eine sogen. Verwaltungsjustiz (contradictio in adjecto!), die so gefährlich werden kann, wie die Cabinetsjustiz.

Allerdings ist den Polizeibehörden in den Landesgesetzen die Entscheidung von Gewerbs- und Handwerksstreitigkeiten überlassen, namentlich in Württemberg durch die Instr. vom 21. Dez. 1819. §. 17. Nro. 5 [45]). Allein eine solche Entscheidung kann in keinem Falle die Bestimmung haben, über wahre Privatrechte einen bleibenden Rechtszustand herzustellen, sondern blos eine provisorische Verfügung zu treffen. Auch die eben angeführte Instruction hat nicht Prozesse über besondere Rechte im Auge, welche vielmehr in der Gewerbe-Ordnung von 1836. Art. 61 ausdrücklich ausgenommen sind, sondern blos Streitigkeiten über die aus dem Zunftverbande hervorgehenden Genossenschaftsrechte und Genossenschaftspflichten. In Hinsicht auf besondere Rechte, namentlich in Hinsicht auf Zwangs- und Bannrechte ist den Kreisregierungen nur die Aufsicht, nicht die Entscheidung überlassen. Wenn übrigens auch in Beziehung auf die Ausübung bestrittener Realgewerberechte die Polizeibehörde wegen der dabei in Betracht kommenden polizeilichen Rücksichten in den Fall kommen kann, ein Provisorium festzusetzen, so ergibt sich doch aus allgemeinen Grundsätzen, daß eine solche außergerichtliche Verfügung der Regierungsbehörden nicht die Kraft eines richterlichen Bescheids (einer wahren res judicata) haben kann. Wie aber dieselbe für das rechtliche Verhältniß der Betheiligten im Prozesse ganz unnachtheilig ist, und letztere dadurch in Verfolgung ihrer Rechte sowohl in possessorio als in petitorio nicht gehindert werden, so kann auf der andern Seite auch weder die bloße Berufung auf den Rechtsweg die Verfügung der Regiminalbehörde unwirksam machen, noch ist die Gerichtsbehörde befugt, so lange sie nicht in dem einen oder dem andern Prozeßwege nach vorgängiger Verhand-

---

45) Württ. Reg.Bl. 1819. S. 949.

Digitized by Google

lung der Partheien rechtskräftig erkannt hat, das polizeiliche Provisorium aufzuheben, oder ein anderes an dessen Stelle zu setzen [46]).

Wenden wir dieses an auf den vorliegenden Fall, so sind die Realberechtigten weder genöthigt, den Schutz ihrer Rechte erst noch in der letzten Verwaltungsinstanz zu suchen, noch ist die von dem Oberamte und der königl. Kreisregierung erfolgte Entscheidung, wonach unter Bestreitung der Realität ihres Gewerbs ein Dritter, nicht Berechtigter, zur Ausübung der Bäckerei zugelassen worden, ein rechtliches Hinderniß, jene Rechte bei Gericht zu verfolgen. Vielmehr scheint gerade in diesem Vorgange eine rechtliche Veranlassung zu liegen, nicht blos confessorisch ihre Rechte selbst, sondern auch zunächst den Besitz derselben zu behaupten. Zwar kann bei Rechten, welche aus einem Inbegriffe von Befugnissen bestehen und über einen ganzen Bezirk verbreitet sind, der Verlust des Besitzes nur dann angenommen werden, wenn die Ausübung aller einzelnen Befugnisse und zwar gegenüber von allen Bezirksangehörigen gehindert ist [47]). Aus der einzigen Zulassung eines Dritten folgt also nicht der Verlust des Besitzes der Realgewerberechte im Ganzen; denn, wenn schon die Besitzer der letztern thatsächlich jetzt mit einem Unberechtigten den Betrieb des Bäckergewerbs theilen müssen, so sind doch dritte Personen immer noch davon ausgeschlossen. Auch würden diese, falls sie bei der Bäckerzunft eine persönliche Aufnahme zu erlangen suchten, ohne Zweifel von dieser Seite denselben Widerspruch erfahren, wie jener Dritte, und es ist keineswegs gewiß, daß diesem Gesuche von der Regierungsbehörde würde willfahrt werden, da das Kön. Ministerium und der K. Geheimerath sich noch nicht definitiv ausgesprochen haben.

Allein eine Störung des Besitzes liegt jedenfalls auch im Allgemeinen vor, da das von der Zunft bis dahin ausgeübte Verbietungsrecht nicht blos dem einzelnen Dritten gegenüber, sondern allgemein geläugnet und in der Thatsache der Aufnahme des letztern geradezu die Absicht deutlich zu erkennen gegeben worden, weder die Realität noch die Geschlossenheit des Bäckergewerbes überhaupt ferner anerkennen zu wollen. Gleichwohl kann ein Besitzschutzmittel von

---

46) K. Entschließung vom $^{11}/_{29}$. Sept. 1821 in der Sammlung württ. Gesetze. Bd. VII. S. 1026.

47) Dunker a. a. O. S. 76 — 78.


Digitized by Google

Seite der verletzten Realberechtigten gegen die **obrigkeitliche Behörde**, welche die Aufnahme verfügt hat, nicht ergriffen werden (wiewohl auch gegen den Richter unter Umständen die Spolienklage zulässig ist [48]), da diese Handlung, wenn schon materiell rechtsverletzend, doch formell nicht auf einer unerlaubten Gewaltthat beruht, sondern innerhalb des Amtskreises der Behörde (jure licito, jure honoris) erfolgte [49]). Wider den eindringenden Dritten ist dagegen nicht blos die eigentliche Rechtsklage (actio confessoria), sondern auch eine Besitzklage möglich, da die obrigkeitliche Verfügung nach obigen Grundsätzen dem gerichtlichen Verfahren in keiner Weise präjudizirt [50]). Ebenso würde, wenn durch die Aufnahme des neuen Bäckers bereits den Realberechtigten ein Schaden zugefügt worden, oder die oberste Verwaltungsinstanz durch ihren Widerspruch forthin die bestehenden Exclusivrechte vereiteln sollte, jenen die Befugniß zustehen, auf Ersatz des erlittenen Schadens resp. Wiederherstellung ihrer Rechte gegen die Staatsbehörde zu klagen.

Zwar scheinen Prozesse gegen Polizei- oder Regierungsstellen (im Gegensatz zu den Finanzstellen oder fiskalischen Behörden) in Württemberg nicht üblich zu seyn. Auch wird in den neueren Landesgesetzen, namentlich in dem IV. Edicte §. 54 blos des Gerichtsstandes des Fiscus gedacht. Allein wenn nach §. 95 der Verfassungs-Urkunde [51]) keinem Bürger, der sich durch einen **Act der Staatsgewalt** in seinem Privatrechte verletzt glaubt, der Weg zum Richter verschlossen werden kann, so möchte in einem solchen Falle der rechte Beklagte doch zuletzt nur diejenige Staatsbehörde

48) cap. 7. X. II. 13.

49) Jüngster Reichsabschied von 1654. §. 106. Vergl. D. IV. 2. fr. 3. §. 1.

50) Anderer Ansicht war in dieser Hinsicht das Collegium, welches auch wider den Dritten ein Besitzverfahren nicht für zulässig hielt, weil dieser weder heimlich, noch mit Gewalt die persönliche Aufnahme erlangt habe, sondern durch obrigkeitliche Ermächtigung, welche in diesem Falle der richterlichen Zulassung gleichzuachten sey. D. IV. 2. fr. 13. fr. ult. i. f. XLI. 2. fr. 11. L. 17. fr. 137.

51) Die Worte sind: „Keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden."

Digitized by Google

seyn, von welcher der verletzende Act ausgegangen ist, da nur diese denselben zu vertreten vermag. Eine Verletzung (laesio) ist nun aber möglich nicht blos an Eigenthums-, sondern auch an andern Privat-Rechten, und wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die Verletzung wesentlich nur dadurch wieder aufzuheben ist, daß die verletzende Handlung zurückgenommen und der frühere Zustand hergestellt wird, so kann auch das Rechtsmittel aus der Verletzung mit Erfolg nur gerichtet werden unmittelbar gegen die verletzende Behörde selbst. Ein Grund aber, warum eine Regierungsbehörde der gerichtlichen Wirksamkeit weniger zugänglich seyn sollte, wie eine Finanzbehörde, ist nicht vorhanden. Jene vertritt den Staat, wie diese, und, wenn der Umstand allein, daß der Staat der Beklagte ist, die Zuständigkeit der Gerichte nicht ausschließt, so sehen wir nicht ein, warum diese Zuständigkeit gerade da aufhören sollte, wo es so leicht möglich ist, in die Rechte der Einzelnen einzugreifen. Auch eine Gefahr für die coordinirte Stellung der Verwaltungsbehörden können wir in der gerichtlichen Beurtheilung einzelner Acte der regiminellen und polizeilichen Thätigkeit so wenig finden, als in jener der finanzkammerlichen Verfügungen. Die richterliche Gewalt hat nämlich einen von den übrigen Zweigen der Staatsgewalt verschiedenen Charakter der Unabhängigkeit nicht etwa darum, weil sie es blos mit Rechten Einzelner zu thun hätte, die den Staat nichts angehen (diß ist nicht der Fall, sie urtheilt auch über Rechte der Corporationen und Stiftungen, welche sonst unter Aufsicht der Verwaltungsbehörden stehen, ja selbst über Rechte und Pflichten des Staats, sofern sie auf einem besondern Rechtsgrunde beruhen), oder weil die obersten Organe der Staatsthätigkeit keine Zeit hätten, sich mit verletzten oder bestrittenen Rechten zu befassen (diß wäre höchstens ein zufälliger Grund), sondern weil ihr eine von allen anderen positiven Staatsgewalten äußerlich und innerlich ganz verschiedene Stellung und Aufgabe gesetzt ist. Während nämlich die sogenannten Verwaltungsbehörden unmittelbar im Interesse des Staats oder einzelner von ihnen vertretener, von ihnen beaufsichtigter, Körperschaften handeln, kurz nach *einer* Richtung hin thätig sind, stehen dagegen die Gerichte, wenigstens die Civilgerichte, in der Mitte zwischen mehreren Betheiligten und haben zum Zwecke den Schutz selbstständiger Rechte (sey es nun, daß diese auf der einen oder andern Seite sich befinden), welche der Staat als solche anerkannt und darum von seiner unmit-

Digitized by Google

telbaren Einwirkung zum Voraus ausgeschlossen hat. Da nun auf diese Weise die gerichtliche Gewalt nicht sowohl neben, über oder unter die übrigen besonderen Staatsgewalten, als vielmehr in die Peripherie aller derselben gestellt ist (daher es auch richtiger scheint, die Gerichtsbarkeit nicht als ein besonderes, jenen andern materiellen Staatsgewalten coordinirtes, Hoheitsrecht zu betrachten, sondern als ein allgemeines durchgreifendes Staatshoheitsrecht der Gesetzgebung, Oberaufsicht und Vollziehung an die Seite zu stellen), so können einzelne Handlungen von Regierungsbehörden unter Umständen ebensowohl vor ihr forum gezogen werden, wie die von Privatpersonen.

Vielleicht wird man nun aber einwenden, der §. 95 habe nur die Bedeutung und könne nur die Bedeutung haben, daß privatrechtliche Ansprüche gegen Dritte, welchen durch einen Act der Staatsgewalt entgegengehandelt wurde, ungeachtet dieses Acts verfolgbar seyen, ohne damit eine gerichtliche Einschreitung gegen die Verwaltungsbehörde einzuräumen. Hiernach würde in dem gegenwärtigen Falle nur eine Klage gegen den Dritten als Störer der Zunftrechte anzustellen seyn, nicht auch gegen die k. Kreisregierung, welche in 2ter Instanz das gefährdende Erkenntniß aufrecht erhalten hat. Allein jene beschränkte Bedeutung kann der angeführte §. schon darum nicht haben, weil darnach mit diesem §. kaum etwas gesagt wäre, indem es sich wohl von selbst versteht, daß administrative Acte nicht als gerichtliche Acte, als wahre res judicatae, vom Richter können zu Grunde gelegt werden. Auch wird in dem §. keineswegs vorausgesetzt, daß ein dritter Beklagter vorhanden sey; vielmehr wird der Grund der Verletzung aufgesucht in einer Handlung der Staatsgewalt. Wenn also der Weg zum Richter eröffnet werden sollte für den Fall eines Unrechts dieser Gewalt, sey es begangen durch das eine oder das andere Organ derselben, so ist hierüber nur an diese Staatsgewalt, als Beklagte, zu denken, nicht an die Belangung eines Dritten, welche häufig gar nicht möglich seyn dürfte, wie z. B. wenn eine Verwaltungsstelle gegen die Vorschriften des §. 30 der Verf.-Urk. in das Privateigenthum eingegriffen hätte, oder welche wenigstens dem Zweck der Klage nicht vollkommen entsprechen würde, wie in dem vorliegenden Falle, da die K. Kreisregierung zunächst es ist, durch deren Verfügung der Rechtszustand der Kläger gefährdet erscheint.

Hiermit stimmt auch überein die Geschichte des §. 95, welcher an die Stelle des §. 162 des Verfassungs-Entwurfs vom Jahre

Digitized by Google

1817 getreten ist, der für Fälle unrichtiger Anwendung staatsrechtlicher Normen und dadurch hervorgebrachter Verletzungen von Privatrechten ein Administrativ-Verfahren angeordnet hatte, das aber den Recurs an die Gerichtsstelle nicht ausschloß. Daß sowohl gegen untergeordnete Verwaltungsbehörden, als gegen die vorgesetzte Centralstelle in derartigen Streitigkeiten (welche von eigentlichen bürgerlichen Rechtssachen unterschieden wurden) zuletzt gerichtlich entschieden werden könne, ward in dem Verfassungs-Entwurfe geradezu angenommen, und diß auszuschließen war auch nicht die Absicht des §. 95 der Verfassungs-Urkunde, welcher vielmehr ebenso, wie der vorangehende §. 94, für die bürgerliche Rechtspflege in so weit sorgen wollte:

„daß es der Staatsgewalt nicht möglich werde, sich ihrer Wirksamkeit zu entziehen, so bald sie in die privatrechtlichen Verhältnisse der Staatsbürger eingreift" [52]).

Dafür ist endlich auch das gemeine Recht [53]), welches eine von Verwaltungsbehörden ausgehende Entscheidung von „Justizsachen," eine sogenannte Administrativ-Justiz, gar nicht kennt, und endlich die Analogie auswärtiger deutscher Gesetze, z. B. des herzoglich sachsen-meiningenschen Gesetzes v. 16. Juni 1829, des hannöverschen Grundgesetzes von 1833. §. 37, des kön. sächsischen Gesetzes vom 28. Jan. 1835, welche in neuerer Zeit die Competenz-Verhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsstellen festgesetzt haben und sämmtlich anerkennen, daß bei Verletzungen von Privatrechten durch die Verwaltungsbehörden, sey es auch bei Ausübung von Staatshoheitsrechten, gegen den Staat und seine Organe gerichtlich geklagt werden könne. Insbesondere wird in dem letzteren Gesetze §. 7 (bei Mittermaier a. a. O. S. 257. Note) der Rechtsweg belassen, wenn Jemand unter der Behauptung, eine Verwaltungsbehörde habe ihre Amts-

---

52) S. Commissions-Bericht über das VII. Cap. der Verf.Urk. Landtags-Verh. von 1816—1819. Heft 42. S. 48.

53) Gönner, Handbuch des Proz. Bd. II. S. 41 f., besonders S. 45., wo unser Fall gesetzt ist. K. Wächter in der Tüb. krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Bd. I. S. 109 f. Pfeiffer, prakt. Ausführungen. Bd. III. S. 181 f. Minnigerode, Beitrag zur Beantwortung der Frage: was ist Justiz- und was ist Administrativsache. Darmstadt 1835. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. XXI. S. 280. Reyscher in dieser Zeitschr. Bd. II. Heft 1. S. 159 f.

Digitized by Google

gewalt überschritten oder gemißbraucht, oder ihre Amtspflichten vernachläßigt, und es sey daraus für ihn Schaden entstanden, Entschädigung (nach Umständen Herstellung des vorigen Standes der Sache, Sachsenbuße) verlangt.

Zwar scheinen einzelne der Verf.-Urk. vorausgehende und andere derselben nachgefolgte Verordnungen nicht im Einklange mit dem Grundsatze des §. 95 zu stehen, wie z. B. die Bestimmung des V. Edicts v. 18. Nov. 1817. §. 10, daß Streitigkeiten über Contracte, welche von einem Departementsvorstand für Gegenstände des öffentlichen Dienstes geschlossen worden, von dem Geheimerath und nicht dem Civilgerichte zu entscheiden seyen; die Instruction für die Kreisregierungen vom 21. Dez. 1819. §. 17. Nro. 5. (Reg.-Bl. S. 949.), worin die Entscheidung von Gewerbs- und Handwerksstreitigkeiten jenen Behörden überlassen ist. Auch sind die württembergischen Rechtsgelehrten, zum Theil, wie es scheint, im Hinblick auf diese besonderen Bestimmungen, sehr verschiedener Ansicht über die Auslegung des §. 95 der V.-U. [54]). Allein wenigstens die kaum angeführten Verordnungen stehen nicht im Widerstreit mit obiger Auslegung; denn das V. Edict fügt ausdrücklich bei: „insofern diese Streitigkeiten nicht zur Cognition der Gerichte geeignet sind.“ Die Instruktion vom Jahre 1819 aber hat nicht die Streitigkeiten über besondere Rechte im Auge (in Hinsicht auf Zwangs- und Bannrechte ist den Kreis-Regierungen daselbst blos die Aufsicht nicht die Entscheidung überlassen), welche auch in der Gewerbe-Ordnung von 1836. Art. 261 ausdrücklich ausgenommen sind. Ebensowenig konnte und wollte ohne Zweifel eine Abänderung der Verfassungs-Urkunde durch die übrigen bei Schütz (der württ. Civil-Prozeß S. 24 f.) angeführten Erlasse bewerkstelligt werden, welche vielmehr, namentlich so weit sie älter sind, als die Verfassungs-Urkunde, nach dem Prinzip der letztern zu beschränken sind.

54) Reinhardt Commentar zum württ. Landr. Bd. X. S. 368 f. Ein Ungenannter in Hofakers Jahrbüchern Bd. I. S. 166. Pfizer, über die Grenzen der Verwaltung und Civil-Justiz. Stuttg. 1828. Hufnagel in Schunks Jahrbüchern der jur. Literatur Bd. II. S. 280. und in Sarweys Monatschrift Bd. I. S. 453 f. 497 f. Scheurlen, der teutsche gemeine und der württ. Civil-Prozeß §. 36 und 37. Mohl, Staatsrecht §. 76. (2. Aufl.) Vgl. noch die Aufsätze von Schlayer, Pfizer und Hufnagel in Betreff der Streitigkeiten über Stipendien bei Sarwey III und IV.

Digitized by Google

Die Rolle des **Klägers** können die Realberechtigten insgesamt übernehmen, und in diesem Falle entweder durch die Zunft sich vertreten lassen, sofern solche, wie wir voraussetzen, statutgemäß nur aus Realberechtigten besteht, oder durch einen gemeinschaftlich von ihnen aufgestellten Bevollmächtigten. Aber auch einzelne Realberechtigte oder mehrere derselben können die ihnen zukommenden Realrechte für sich geltend machen gegen Dritte, welche sie im Besitze derselben stören, oder das Recht selbst in Abrede stellen; und jeder einzelne Realberechtigte wird gestört dadurch, daß ein Nichtberechtigter sich eindringt oder die Geltung der Realrechte als solcher nicht anerkennt.

## §. 8.

### Von der Aufhebung der Realrechte durch die Gesetzgebung und der dabei eintretenden Entschädigung.

Wenn der Staat zunächst die Bestimmung hat, die Rechte der Einzelnen zu schützen, so dürfen zum mindesten Verletzungen dieser Rechte nicht von ihm selbst ausgehen. Nun können allerdings Umstände eintreten, unter welchen das Wohl und die Rechte der Einzelnen mit dem Wohl und den Rechten der Gesammtheit in Widerstreit treten, und diesen Widerstreit löst die Staatstheorie dahin, daß in einem solchen Falle das Glied gegen den ganzen Körper zurücktreten muß. Allein nicht blos werden wahre Collisionsfälle dieser Art selten vorkommen, sondern es liegt auch in dem Staatszwecke und dem Begriffe der Collision schon der Maßstab ihrer Lösung. Das sogenannte **äußerste Recht** der Staatsgewalt, kraft dessen sie Rechte der Einzelnen im Nothfalle brechen darf, beschränkt sich nämlich blos auf den Fall eines wirklichen Widerstreits, und es ist auch in diesem Falle nur so weit auszudehnen als der Widerstreit geht. Daher darf jenes Recht nicht anders als nach vorgängiger strenger Prüfung seiner Anwendbarkeit, und alsdann nur mit äußerster Schonung ausgeübt, auch muß der leidende Theil möglichst entschädigt werden [55]).

Diese natürliche Beschränkung hat auch in der württembergischen Verfassungs-Urkunde eine positive Billigung gefunden. Der §. 30 derselben bestimmt:

Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum und an-

55) Vergl. preußisches Landrecht. Einl. §. 74. 75. Klüber, öffentl. Recht § 552.



Digitized by Google

dere Rechte für allgemeine Staats- oder Corporationszwecke abzutreten, als nachdem der Geheimerath über die Nothwendigkeit entschieden hat.

Hier ist deutlich ausgesprochen:

1) daß nur in Fällen der Nothwendigkeit, und

2) auch hier nur gegen vorgängige volle Entschädigung ein Privatrecht für öffentliche Zwecke in Anspruch genommen werden darf.

Zwar ist der §. 30 nur für Expropriationen auf dem Verwaltungswege gegeben. Allein der Grundsatz, wovon er ausgeht, hat allgemeine Gültigkeit, auch für die gesetzgebende Gewalt, welche nur eine der positiven Staatsgewalten ist und dem Staatszweck so wenig wie die andern untreu werden darf. Zwar ist die gesetzgebende Gewalt die erste der constituirten Staatsgewalten. Ihr sind alle und jede Rechte im Staate, auch die Privatrechte, unterworfen. Insbesondere kann dieselbe allgemeine gesetzliche Maßregeln, welche durch das Staatswohl geboten sind, durchführen, auch wenn einzelne dadurch empfindlich betroffen werden sollten. Aber auch sie hat ihre Grenzen, theils positive, welche ihr die Verfassung setzt, die über der Gesetzgebung im engeren Sinne ist, theils natürliche, hergeleitet aus der Natur des Staats und der gegebenen Verhältnisse. Hieher gehört namentlich die allgemeine Pflicht der Gerechtigkeit und die daraus hervorgehende Achtung für bestehende Rechte. Die württembergische Gesetzgebung hat diese Schranke bei verschiedenen neueren Anlässen anerkannt, und in Fällen, wo das Staatswohl zwangsweise Abtretung von Privatrechten, selbst von Privatrechten zweifelhaften Ursprungs (z. B. der Beeten, Frohnen) nothwendig zu machen schien, den Grundsatz vollständiger Entschädigung ausgesprochen und angewendet. Daher dürfen die Besitzer der in Frage stehenden Realrechte, so bald sie die königl. Regierung von dem Bestande derselben überzeugt haben werden, mit Zuversicht erwarten, daß nicht ohne vorgängige sorgfältige Prüfung die Aufhebung jener Rechte, welche wenigstens bisher dem Wohl der Stadtgemeinde und dem Gedeihen der einzelnen Gewerbe nicht im Wege gestanden zu seyn scheinen, werde beschlossen werden, und, wenn auch dringende Gründe diese Aufhebung erheischen sollten, was wenigstens die oberamtlichen und magistratischen Berichte zweifelhaft machen, dieselbe doch nicht ohne „vorgängige volle Entschädigung“ werde ausgeführt werden.

Digitized by Google

Zwar glaubte der (damalige) Minister des Innern in der Sitzung der zweiten Kammer vom 12. Febr. 1828, daß eine Verpflichtung zur Entschädigung der, seiner Meinung nach schon mit Einführung der württembergischen Gesetze im Jahre 1807 aufgehobenen, Realrechte nicht vorliege. „Die Realrechte — wurde bemerkt — mußten der Gesetzgebung weichen, wie sie der Gesetzgebung der früheren Landesherrschaften würden gewichen seyn, so bald es diesen eingefallen wäre, die Gewerberechte für blos persönlich zu erklären." Allein so bald man die Realgewerberechte als Privatrechte ansieht, wird man nicht blos zugeben müssen, wie auch damals geschehen ist, daß sich Gründe für eine Verbindlichkeit zur Entschädigung anführen lassen, sondern es werden auch etwaige Gründe gegen die Verbindlichkeit unschwer zu widerlegen seyn. Wollte man nämlich einwenden:

1) Die Realgewerberechte seyen, wie andere Gewerberechte, öffentlichen Ursprungs, sofern sie nur mittelst einer höhern Ermächtigung können gegründet werden, so wäre diese Behauptung lediglich nichts beweisend; denn auch Privilegien sind öffentlichen Ursprungs, und doch können sie, den Fall des Mißbrauchs abgerechnet, nicht ohne Entschädigung aufgehoben werden [56]).

Weiter könnte man einwenden:

2) Die Zünfte seyen als eine Polizeianstalt zu betrachten und können daher von der Gesetzgebung jeder Zeit anders eingerichtet oder völlig aufgehoben werden, ohne daß die bereits bestehenden Zünfte oder deren Mitglieder aus ihrem bisherigen Bestande ein wohlerworbenes Recht für sich abzuleiten hätten [57]).

Allein die Realbäckerrechte können ebensowohl wie das Apothekerrecht, das Schildwirthschaftsrecht und sämtliche Bannrechte ohne Zunftverfassung bestehen. Das Interesse der Berechtigten besteht vielmehr nur darin, daß die Realität ihres Gewerbs und die Geschlossenheit desselben aufrecht erhalten und, wenn diß nicht thunlich, ihnen Entschädigung zu Theil werde. Aus dem Rechte des Staats zur Aufhebung der Zunft folgt daher noch nicht das Recht desselben

56) Glück, Erläuterung der Pandekten. Thl. II. S. 36. Thibaut, Pandecten §. 42 und die dort Note 2 angeführten.

57) Jüngster Reichsabschied von 1654. §. 106. Reichsschluß vom Jahre 1731. §. 14. Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 385.



Digitized by Google

zur Aufhebung der Realrechte, oder gar zur unentgeldlichen Aufhebung derselben; denn es liegt nicht im Wesen der Zunft, daß sie auf den Realverband gegründet sey. Findet daher die Gesetzgebung es angemessen, eine Zunft aufzulösen, welche nur aus Realberechtigten besteht, so wird sie aus Rücksicht auf die Letztern entweder ein Concessionssystem an die Stelle setzen müssen, wobei die Realrechte aufrecht erhalten und nur bei dringendem Bedürfnisse vermehrt werden; oder sie wird, wenn sie das Gewerbe frei erklären will, die Realberechtigten billig entschädigen müssen; und die letztere Pflicht tritt ohne Zweifel auch ein, wenn, wie in unserem Falle, die Zunftform zwar beibehalten, aber der Realverband aufgelöst werden soll. Denn einer Auflösung ist es gleich zu achten, wenn das Fundament einer Gesellschaft oder Gemeinheit verändert wird. Auch spricht für die Entschädigung in diesem Falle die Analogie der Realgemeinderechte in Neuwürttemberg, welche bei Auflösung des Realgemeindeverbandes den Realberechtigten (sogenannten Gemeinern) gelassen wurden und nur zur allmäligen Ablösung gebracht werden sollen[58]).

3) Auch der Grundsatz der Verfassungs-Urkunde §. 29, wonach jeder das Recht hat, seinen Stand und sein Gewerbe nach eigener Neigung zu wählen, schließt weder die Dinglichkeit des Gewerberechts, noch die Beschränkung der gewerblichen Niederlassungen auf eine bestimmte, dem Bedürfniß entsprechende Anzahl aus; denn, so wenig der Staat vermöge jenes §. die Verpflichtung hat, diejenigen, welche zu einem gewissen amtlichen Berufe sich ausgebildet haben, nun auch wirklich dafür anzustellen, so wenig folgt aus der Freiheit der gewerblichen Ausbildung die nothwendige Zulassung zu einem bestimmten Gewerbebetrieb oder die nothwendige Ertheilung einer gewissen Concession. Gesetzt aber auch, die Freiheit der Person, welche in dem §. 24 der Verfassungs-Urkunde ausdrücklich garantirt ist und in dem §. 29 nur eine bestimmte Anwendung erhalten hat, widerspreche der Dinglichkeit einzelner Gewerbe, so steht doch dem Prinzipe der persönlichen Freiheit unmittelbar zur Seite die Freiheit des Eigenthums, und wie diese, so ist auch jene nur unter Beschränkungen möglich. Eine wesentliche Beschränkung der persönlichen Freiheit aber, die Leibeigenschaft, welche allerdings

---

58) Revid. Gesetz über das Bürger- und Beisitzrecht vom 4. Dez. 1833. Art. 50 und 51. Reyscher, württ. Privatrecht §. 246.

Digitized by Google

mit neueren Humanitäts-Grundsätzen im Widerspruch war und deßhalb nach der Verfassungs-Urkunde §. 25 nicht mehr geduldet werden sollte, ward in Württemberg nur aufgehoben unter Vorbehalt der Entschädigung für die Privatleibherrn und erhielt sich ihren Wirkungen nach troß der Verfassung bis zu dem Entschädigungs-Gesetze vom Jahre 1836.

Findet ein Anspruch auf Entschädigung auf Seite der Realberechtigten wirklich Statt, so können sofort

4) die Bedenklichkeiten, welche gegen die Möglichkeit einer Ausführung derselben in der Kammer der Abgeordneten vom Jahre 1828 geäußert worden, gegen die Annahme des Rechts selbst kaum mehr in Betracht kommen.

> Es kann — heißt es dort — nicht von einer Entschädigung von dem Betrag die Rede seyn, in dem früher die Realrechte im Handel und Wandel bezahlt wurden; denn der Gewerbetreibende verliert sein Recht nicht durch den Eintritt der neuen Gesetzgebung; nur treibt er das Gewerbe jetzt aus persönlichem Rechte. Sein Verlust kann also nur der seyn, den jeder Gewerbsmann durch eine größere Concurrenz leidet, und dieses hängt nicht allein von der Zahl der concurrirenden Gewerbsleute ab, sondern von der persönlichen Geschicklichkeit, die er sich zu verschaffen im Stande ist; es würde kaum möglich seyn, einen Maßstab für die Entschädigung zu finden und diese selbst würde so gering seyn, daß der Nahrungsstand, dessen Gefährdung gefürchtet wird, keineswegs gehoben wird.

Die letztere Annahme stimmt nicht zu den Berechnungen, welche die Bäcker zu Hall vorläufig angestellt haben, worin der unmittelbare Schaden, welcher denselben durch Aufhebung der Realrechte zugehen würde, bei einem Werthe von je 2000 fl. auf 74000 fl. geschätzt wird. Ausserdem behaupten dieselben, durch Aufhebung der Geschlossenheit der Zunft noch einen weit höheren mittelbaren Schaden zu leiden. Indessen der größere oder kleinere Werth eines Rechts kann über den Begriff des letztern überhaupt nicht entscheiden, da ein kleines Recht der Idee nach so gut ist, wie das große. Auch die Rücksicht, ob der Nahrungsstand der einzelnen Berechtigten, dessen Sicherheit mit erweiterter Concurrenz allerdings abnimmt, in Folge anderer Ursachen, namentlich in Folge erhöhter Anstrengun-

Digitized by Google

gen, bei dem Einen oder Andern erhalten, vielleicht gehoben werden könnte, kommt nur vom staatswirthschaftlichen nicht vom rechtlichen Standpuncte aus in Betracht. Gewiß ist, daß durch Aufhebung der Realrechte, oder, was dasselbe ist, durch unbeschränkte Zulassung persönlicher Gewerberechte ein Kapitalvermögen für jeden einzelnen bisherigen Realberechtigten verloren geht, und zwar von demjenigen Betrage, um welchen das betreffende Haus bisher höher im Preise gestanden ist. Allerdings verliert derselbe nicht das Recht zum Gewerbebetrieb überhaupt; aber sein bisheriges Realrecht verwandelt sich in ein persönliches Recht, welches, da es von jedem, der die persönlichen Bedingungen nachweist, erworben und weder unter Lebenden noch von Todes wegen übertragen werden kann, keinen Werth, wenigstens keinen Verkehrswerth hat. Der bisherige Realberechtigte verliert also geradezu sein schätzbares Recht; denn sein Haus worauf bisher das Bäckereirecht ruhte, ist nun ohne diese Pertinenz; und wenn er gleich auch ohne diese sein Gewerbe fortsetzen kann, so verhält er sich hierin doch nicht anders, wie ein Dritter, der zwar die persönlichen Eigenschaften hat, um in die Zunft aufgenommen zu werden (diese muß ja der Realberechtigte auch haben, um sein Recht auszuüben), aber ohne ein berechtigtes Bäckerhaus; mit dem einzigen Unterschiede, daß er nicht erst das Meisterrecht nachzusuchen und die wenigen Auslagen, welche mit der Aufnahme verbunden sind, zu entrichten hat.

Der erweisbare Werth der einzelnen Realrechte ist hiernach der Schaden, welchen die Berechtigten erleiden. Dagegen kann unsers Erachtens derjenige Nachtheil, welchen dieselben durch erweiterte Concurrenz an ihren vorübergehenden Einkünften erleiden, nun nicht auch noch, wie die Fragesteller glaubten, in die Summe ihrer Schadensforderung eingerechnet werden, da diese Einkünfte, nach welchen sich der Kapitalwerth der Realrechte richtet, nur anzusehen sind als die Früchte aus dem Grundstocke, den sie in diesem Falle selbst umtreiben, während sie bei der Vermiethung des Hauses nebst Backofen sich mit dem erhöhten Miethzinse und im Falle des Verkaufs desselben mit dem erhöhten Erlöse begnügen.

Eine andere Frage ist: **aus welchen Mitteln ist die Entschädigung zu leisten, und gegen wen die Entschädigungsforderung zu richten?**

Digitized by Google

Der Bäckerzunft, als einer moralischen Person, das heißt den bisherigen Berechtigten im Vereine mit den künftigen persönlichen Mitgliedern der Zunft die Entschädigung aufzuerlegen, sofern sie nun mit diesen sich in das Gewerbe theilen, dazu liegt ein rechtliches Motiv nicht vor; denn, abgesehen davon, daß in diesem Falle die gegenwärtige Generation unverhältnißmäßig beschwert würde, sofern ihr zunächst die Aufbringung des Kapitals obläge, die Berechtigten also selbst den größten Theil desselben auf sich nehmen müßten, mit andern Worten, sich selbst zu entschädigen hätten, also nicht entschädigt würden, kann der Zunft, als solcher, die Pflicht der Entschädigung schon darum nicht obliegen, weil nicht sie, sondern der Staat es ist, welcher die Aufhebung der Realrechte fordert.

Aus gleichem Grunde wird auch nicht der Gesamtheit der Gewerbskunden in der Stadt Hall oder der Stadtkasse die Ablösung der Realrechte zuzumuthen seyn, da die Stadt nach den vorliegenden stadträthlichen Berichten von den Jahren 1819 und 1831 mit der bisherigen Einrichtung vollkommen zufrieden ist und das Bedürfniß einer Vermehrung der Gewerbe, wenn je solches künftig eintreten sollte, unbeschadet der bestehenden Rechte befriedigt werden könnte. Die Entschädigung wird also, falls gleichwohl die Aufhebung der Realrechte von Staatswegen beschlossen werden sollte, nur von der Staatskasse zu leisten seyn. Diß erkennt selbst ein neuerer Schriftsteller an, welcher der Aufhebung nicht blos der Bannrechte, sondern auch aller übrigen Ausnahme- und Schutzrechte, namentlich sämtlicher Realgewerberechte das Wort redet, aber gleichwohl zugiebt:

> So weit die Aufhebung der mit einem gewissen Kostenaufwande verbunden gewesenen Erwerbung einer solchen Realgewerbsgerechtigkeit, deren seitherigem Inhaber einen wirklichen Verlust an seinem Eigenthum zufügt, ist seine Entschädigung allerdings eine unbedingte Forderung des Rechts [59]).

In Beziehung auf das Subject der Entschädigungspflicht unterscheidet derselbe:

> Wo das Bannrecht aus einem Hörigkeitsverhältnisse zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten entstanden ist, da wird in den mehrsten Fällen auch die etwa stattfindende

---

59) F. A. Benedict a. a. O. S. 178 f., insbesondere S. 183.

Digitized by Google

Entschädigung dem zeither Verpflichteten zur Last fallen müssen. Wo aber ein solches Verhältniß nicht Statt gefunden hat, da muß die Regel gelten, daß die Entschädigung von dem zu leisten sei, von dem sich die Berechtigung ursprünglich herschreibt.

Dagegen kann die Leistung der Entschädigung auf die Weise, daß der oder diejenigen, welche im Bannbezirke das privilegirte Gewerbe beginnen wollen, dem Bannberechtigten die Berechtigung dazu ganz oder theilweise abkaufen, niemals erfolgen; denn es würde damit die Freiheit der sie belästigenden Fesseln niemals ledig werden und die Berechtigung entweder nun in andre oder in mehrere Hände übergehen, dem Publikum aber nach wie vor Gewalt angethan werden.

Diese Regel gilt wenigstens von allen solchen Bann- und Ausnahmsrechten, wodurch andere Gewerbe in der zu ihrem Gedeihen und zu ihrer Ausbildung und Vervollkommnung unumgänglich nöthigen Freiheit gestört werden und die Folgen ihrer Verleihung und die dafür zu gewährende Entschädigung (sind) andern Staatsschulden beizuzählen, die Noth oder Verblendung (?) veranlaßt haben [60]).

Daß nur auf dem Wege der Gesetzgebung und nicht durch polizeiliche Einschreitung die Entschädigung zu bestimmen sei, glauben wir um so mehr annehmen zu müssen, als das k. Ministerium des Innern selbst einen dißfälligen Gesetzesvorschlag in Aussicht gestellt hat und als die Entschädigung für die Realgewerberechte erst die Aufhebung der letztern voraussetzt, welche, wie wir gesehen haben, bis daher nicht erfolgt ist.

Sollte indessen angenommen werden, die Realgewerberechte seien bereits aufgehoben, sei es in Folge der Einführung der württembergischen Gesetze in Neuwürttemberg, sei es in Folge der Gewerbeordnung, so würde nichts desto weniger der Anspruch auf Entschädigung bestehen, da kein Gesetz denselben ausgeschlossen hat, vielmehr bei Verabschiedung der Gewerbeordnung begründete Entschädigungs-Ansprüche im Hinblick auf bestehende Gewerbegerechtigkeiten ausdrücklich gewahrt worden sind. Und auch in diesem Falle würden wieder nicht die Verwaltungsbehörden über den Grund und

60) Daselbst S. 187 und 188.

Digitized by Google

Umfang der Entschädigungsforderungen zu erkennen haben, sondern, wie selbst solche Schriftsteller anerkennen, welche sonst die Justiz gegenüber von der Verwaltung sehr beschränken[61]) und wie gleichfalls bei der Verabschiedung im Jahr 1828 anerkannt wurde, die ordentlichen Gerichte, welche in Ermanglung eines gesetzlichen Maßstabs nach den allgemeinen Grundsätzen der Billigkeit das id quod interest zu bestimmen und den Berechtigten zuzuerkennen hätten.

61) Z. B. C. Pfizer, über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civil-Justiz Stuttgart 1828. §. 54. Vergl. Puchta, über die gerichtl. Klagen §. 101. Preußisches Landrecht, Einl. §. 74. 75. in Verbindung mit 69 u. 70. Thl. I. Tit. 11. §. 11.

Digitized by Google

# IV.

# Zur Würdigung

des deutschen

# Drei-Instanzen-Systems

aus dem legislativen Gesichtspuncte.

Von

Dr. Bernhard Emminghaus,
Großh. Sächs. Justizbeamten in Blankenhain.

## §. 1.

Nach einer mit der deutschen Gesetzgebungspolitik längst innig verflochtenen, wenn auch in der Wirklichkeit selten völlig rein und zweckentsprechend durchgeführten, alten Ansicht gewährt nur die Gerichtsorganisation einen möglichst sichern Schutz gegen Willkür und Ungründlichkeit in der Civilrechtspflege, welche den streitenden Partheyen, in Gegenständen zumal, die nicht einem blos summarischen Verfahren anheim fallen, einen dreifachen Rechtszug eröffnet; und mit einer Art von volksthümlichem Eigensinn hat der Deutsche von jeher an der Ueberzeugung festgehalten, daß der Rechtsuchende nur da wahre, volle Gerechtigkeit erwarten dürfe, wo das Recht auf drei Instanzen ungeschmälert feststehe *).

Wann und wo diese Ansicht zuerst entstanden sey, worauf sie sich ursprünglich gegründet und welchen Sinn man von vorn herein damit verbunden habe? soll hier nicht untersucht werden.

Wohl möglich, daß, wie ohnlängst vermuthet ward [1]), mittelalterlicher Mysticismus, daß der Gedanke, als ob der Dreizahl

1) a Globig, Censura rei judicialis Europae liberae etc. Part. I. pag. 19.

*) Diese Bemerkung ist nach dem, was der Herr Verf. §. 2 a. E. selbst sagt, nicht unbeschränkt zu nehmen. R.

Digitized by Google

etwas Heiliges inwohne, Alles, was in der Dreizahl vorhanden sey, das Gepräge einer gewissen innern Vollendung an sich trage, seinen Theil an ihr hatte. — Vielleicht auch, daß sie einem verzeihlichen Mißverstande der neueren römischen Gesetze, oder des canonischen Rechtes zunächst allein ihr Daseyn verdankte. Allerdings ließ Justinian [2]) eine neue Berufung nicht weiter zu, wenn eine Parthey, auf den Grund der nämlichen Beschwerde, schon zweimal provocirt hatte, ohne zu einer abändernden Entscheidung gelangt zu seyn. Wie leicht konnte dies auf die drei Instanzen führen! Freilich konnte aber, Justinians Bestimmungen zufolge, an und für sich selbst jede Sache eben so viele Instanzen durchlaufen, als Berufungen darin zulässig waren, und diese konnten, von der so eben erwähnten Beschränkung abgesehen, eben so oft wiederholt werden, als es noch einen höhern Richter gab. Derselbe Grundsatz ist mehrfach und bestimmter noch auch im päpstlichen Rechte [3]) ausgesprochen. Dieses, wie das römische Recht, kennt also bereits zwar einen geregelten Instanzenzug; aber eine festbegrenzte, geschlossene Instanzenzahl ist beiden unbekannt [4]).

Findet sich eine solche doch selbst in den deutschen Reichsgesetzen unmittelbar und ausdrücklich nirgends vorgeschrieben, sondern nur angedeutet [5]), nur vorausgesetzt, daß drei Instanzen in bürgerlichen Rechtssachen die Regel bilden.

Wie tief gleichwohl in Deutschland der Glaube an die Nothwendigkeit einer dreifachen Abstufung der Jurisdiction in der öffentlichen Meinung Wurzel geschlagen, wie lebendig er sich auch nach erfolgter Auflösung der Reichsverfassung erhalten hatte, dafür liefert unter andern sogar die Gesetzgebung des deutschen Bundes den Beweis, welche, wenn auch die Fälle, in denen Berufung stattfinden soll, oder nicht, für etwas zu dem inneren Bereiche der Bundesstaaten Gehöriges erklärt sind [6]), denn doch dafür gesorgt

---

2) Constit. unica C. 7, 70. Novella 82, cap. 5.

3) Cap. 65. X. 2, 28. Cap. 39 eod.

4) v. Linde, Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln Thl. 1. §. 7.

5) Vergl. von Gönner, Handbuch des gemeinen Processes Bd. 3. Abhandl. 55.

6) S. Beschluß vom 14. März 1822 in den Protocollen der deutschen Bundesversamml. Bd. 13. S. 215.

Digitized by Google

hat [7]), daß es in keinem Bundesstaate an einem Civilgericht dritter und oberster Instanz fehle, insofern also die Unerläßlichkeit dreier Instanzen grundgesetzlich anerkennt.

Allein nicht lange war jener alte Glaube gleichsam von Neuem hierdurch besiegelt, so bemächtigte sich die Kritik, die natürliche Widersacherin alles mehr oder weniger auf bloßer Ueberlieferung Beruhenden, dieses Gegenstandes. Prüfend und zweifelnd warf man die Frage auf: ob denn die deutsche Drei-Instanzen-Ordnung nach allgemeinen Principien als gerechtfertiget, ob „die Operation mit den drei Instanzen", wie man sie wohl nannte, als vernunftgemäß sich darstelle? und ob nicht namentlich die Abweichung des heutigen französischen Processes, welcher nach dem Grundsatze: qu'il n'y ait que deux degrés de jurisdiction, nur zwei Instanzen bekanntlich kennt, entschieden den Vorzug verdiene vor der unsrigen?

Gestritten ist hierüber worden, für und wider, zum Theil mit einem Aufwande von Scharfsinn und Gelehrsamkeit, welchem wir das, was wir etwa zu geben vermögen, weit entfernt sind an die Seite zu stellen; doch gelöst schien uns die Frage noch keineswegs, und nur um so weniger mochten wir den Versuch, sie einer endlichen Entscheidung entgegenführen zu helfen, aufgeben, jemehr es uns Bedürfniß gewesen ist, einer altehrwürdigen Einrichtung das Wort zu reden, deren sich die vaterländische Rechtsverfassung, unserem Dafürhalten nach, nicht schämen darf.

§. 2.

Ehe auf die Sache selbst, auf die Frage von dem Werthe des deutschen Drei-Instanzen-Systems, namentlich auch der französischen Instanzen-Ordnung gegenüber, näher eingegangen wird, schien es geeignet, einige allgemeinere Gesichtspuncte anzudeuten, damit für das Nachfolgende eine desto sicherere Grundlage gewonnen werde.

Unstreitig erheischt der Staatszweck ein Richteramt. Allein nur ein solches ist in dem Wesen desselben unmittelbar begründet.

Insoweit, als das Recht der Selbsthülfe den Staatsangehörigen entzogen werden, das Verbot der Eigenmacht gerechtfertigt erscheinen soll, ist dafür die Gewährung eines Surrogates nöthig,

---

7) S. deutsche Bundesakte Art. 12. Vergl. auch Bran's Minerva, April 1817. S. 296 ff.


Digitized by Google

wodurch zu Tage getretene Rechtsverletzungen ausgeglichen werden können, der gestörte Rechtsfriede sich wieder herstellen läßt. Jedoch nur dem wirklich in seinem Rechte Gekränkten will der Staat seinen zwingenden Arm verleihen. Darum: keine Execution ohne vorhergegangenes richterliches Urtheil; kein richterliches Urtheil ohne vorhergegangene Erörterung und Aufklärung des in Rede stehenden Streitverhältnisses.

Daß dagegen die nämliche Rechtssache, oder daß ein durch bereits erfolgte richterliche Entscheidung begrenzter einzelner Rechtsgang, den die Partheyen mit einander gemacht haben, ehe das gefällte Urtheil definitiv wirksam werde, vor einem zweiten oder ferneren Richter sich wiederholen, die bereits abgegebene richterliche Entscheidung von einem anderen Richter geprüft, von ihm von Neuem geurtheilt werden dürfe, kann hin und wieder einem einzelnen Betheiligten überaus erwünscht seyn, und, nach Umständen, höchst zweckmäßig genannt werden. Aber schlechthin unerläßlich für die Justizpflege ist es nicht. — Ja es scheint eine solche Einrichtung, wie sie auch modificirt und ausgeführt werde, jedenfalls das wider sich zu haben, daß sie, indem sie entgegengesetzte richterliche Entscheidungen, von denen doch die erste so gut wie die letzte unter Staatsauctorität gefällt ward, möglich macht, die Würde des Richteramtes in thesi herabzusetzen und den Glauben an die Nothwendigkeit eines solchen zu untergraben droht.

Ohnehin wird das Product der Rechtsprechung, wie sehr sich immer eine bestimmte Legislation die Aufgabe stellen möge, materielles Recht zu schützen und zu fördern, seine zuletzt doch blos formelle Natur nie verläugnen können. Eben deshalb, möchte man sagen, ist so unendlich viel, ja das Meiste nur daran gelegen, daß die einzelnen Rechtsuchenden volles persönliches Vertrauen zu dem von ihnen angegangenen Richter bringen, und so scheint zuletzt die Justizverfassung den Preis davon zu tragen, welche vor allen Dingen dafür gesorgt hat, daß, wo gegen jenes Vertrauen Zweifel rege geworden, das Richteramt einem anderen Richter übertragen, der Richter zur Fällung eines Urtheils gar nicht zugelassen werde, welcher voraussichtlich Anlaß zur Beschwerde geben könnte. Der schlichte Verstand wird es wenigstens viel natürlicher finden, daß einem mißlichen Rechtsspruche thunlichst vorgebeugt, als daß einer Parthey die Befugniß eingeräumt werde, ein Urtheil zu schelten, welchem sie

Digitized by Google

dadurch, daß sie Recht bei diesem Richter gab oder suchte, sich gleichsam im Voraus unterworfen hat.

Selbst geschichtliche Zeugnisse beweisen, wie Stufengerichte keineswegs die unerläßliche Bedingung seyen für eine des allgemeinen Vertrauens sich erfreuende Gerechtigkeitspflege. Hat es doch Rechtsverfassungen gegeben, denen Rechtsmittel (remedia juris), denen Stufengerichte überall fremd waren, ohne daß gerade eine schlechte Justizverwaltung die Folge davon gewesen wäre. Stand nicht in Rom zur Zeit der Republik [8]) jede Gerichtsobrigkeit völlig unabhängig in dem ihr angewiesenen Kreise da? Nur in sehr wenigen Ausnahmsfällen war vom Judex Revision zulässig an den Magistrat, der ihn bestellt hatte. Als geschworner, von den Partheyen gewählter, Schiedsrichter durfte er regelmäßig unbedingte Anerkennung für sein Urtheil in Anspruch nehmen.

Nicht viel anders verhielt es sich mit den Gerichten bei den meisten altgermanischen Volksstämmen [9]), wo die Richter zum Behufe der Entscheidung der einzelnen Thatfragen Schöffen, Gehülfen aus dem Volke, herbeiriefen, die im Vereine mit ihnen die Gesammtheit des Volkes repräsentirten. Natürlich war eben dadurch die Idee einer Berufung an eine höhere Stelle von selbst ausgeschlossen *).

## §. 3.

Inzwischen beabsichtigen wir begreiflich keineswegs mit dem bisher Gesagten einer Einrichtung den Stab zu brechen, welche nach den Anforderungen, die heutzutage mit Recht an eine gute Gerechtigkeitspflege gemacht werden, als so unentbehrlich sich darstellt, und

---

8) Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. Abth. 1. Bd. 1. S. 347 ff.

9) Mittermaier, der gemeine deutsche Proceß in Vergleichung 2c. Zweiter Beitrag 1ste Ausg. S. 6.

---

*) Das „Schelten" oder „Widerwerfen" der Urtheile, das Ziehen derselben an den s. g. Umstand darf doch nicht übersehen werden. Auch findet sich eine Erklärung der drei Gerichtsstufen bereits in dem schwäbischen Landrecht (Laßb.) Art. 114. „Div erste hant dez gerihtes, daz ist der kivnig. Div ander hant dez gerihtes, daz ist der dem ez der kivnig lihet. Div dritte hant dem ez div ander hant da lihet. Div dritte hant mag nimmer fürbaz gerihte gegeben." Vgl. das. Art. 116 a. E. Sächs. Landr. II. 12, 4. R.

Digitized by Google

in welcher man, eine der Hauptstützen der Gesetzesherrschaft zu erblicken, längst sich gewöhnt hat. Nur darauf glaubten wir gleich anfangs recht entschieden hindeuten zu müssen, daß das Instanzenwesen nach allen Beziehungen hin, ja daß die Frage, in wie fern eine Abstufung der Gerichtsbarkeit überall wahres Bedürfniß sey, mit dem gesammten Rechtszustande, mit der ganzen Rechts- und Gerichtsverfassung, und selbst mit den politischen Institutionen eines jeden Landes in genauem, unzertrennlichem Zusammenhange stehe, und wie sehr man sich demnach hüten müsse, an ein so positives Institut überall den nemlichen Maaßstab anzulegen, oder dasselbe durchweg blos nach absoluten Vernunftgründen beurtheilen zu wollen.

Gleich wie sich in Rom seit der Begründung der Monarchie, seit dem Kaiser alle Obrigkeiten des Reiches unterworfen waren; gleichwie sich in Deutschland, als nicht mehr das Volk, sondern der Regent die Gerichte anordnete und die Richter ernannte, als die Gesetzgebung „zu fließen" und eine immer größere Verschiedenartigkeit in der Gesetzauslegung zuzulassen anfieng, das Bedürfniß nach der Eröffnung des Rechtsweges von einem niederen an einen höheren Richter mehr und mehr sich kundgab [10]), ebenso wird sich dieses Bedürfniß unter gleichen oder ähnlichen Umständen und Voraussetzungen allwärts zeigen. Hat man aber einmal die Einrichtung, nach welcher die nemliche Rechtssache oder der nemliche Rechtsgang auf Anrufen einer Parthey successiv bei mehreren Behörden erörtert und abgeurtheilt werden kann, gleichsam als Ersatz dafür, daß in dem einzeln dastehenden Richterspruch jetzt nicht mehr, wie vielleicht ehedem, der Ausdruck des Volks-Gesammtwillens zu erblicken steht, für nothwendig erkannt, so wird dabei nur, damit diese Einrichtung wahrhaft wohlthätig sich erweise, Zweierlei hauptsächlich in das Auge zu fassen seyn; erstens nemlich: daß in Absicht auf die Zahl der zugelassenen Instanzen das rechte Maaß gehalten werde, und zweitens, daß es dabei keinesfalls an einem Medium gebreche, wodurch auf Einheit in der gesammten Rechtssprechung überhaupt, soweit möglich und ersprieslich, hingewirkt werde. — Ist es doch die unweise Vervielfältigung der Instanzen vorzüglich, welche die Verschleppung der Rechtshändel nach sich zieht, die Processe gleichsam unsterblich macht.

---

10) Mittermaier a. a. O. S. 9. 13 ff.

Digitized by Google

Haben wir es aber vorhin als eine mißliche Gefährdung des dem Richteramte, seinem Grundgedanken nach, erforderlichen Ansehens bezeichnet, wenn einem Richter die Macht gegeben ist, das Urtheil des andern Richters zu reformiren; so mag zwar dieser Nachtheil wohl bei einer zweckmäßigen Anordnung von Stufengerichten insofern ausgeglichen, ja überwogen werden, als eine solche Einrichtung größere Unpartheilichkeit und größere Gründlichkeit in der Rechtspflege gewährleistet. Allein selbst der Glaube an die Vortrefflichkeit der Gesetze wird natürlich desto leichter beeinträchtiget und zum Wanken gebracht werden, je größer die Anzahl derjenigen Stufengerichte ist, die in einem Bezirke, wo die nemlichen Gesetze gelten, sey es in derselben Sache, sey es in verschiedenen jedoch gleich gestalteten Sachen, möglichenfalls von den früheren abweichende, ihnen wohl gar entgegengesetzte, Entscheidungen in letzter Instanz zu fällen haben.

Allerdings sind die so eben hervorgehobenen zwei Gesichtspuncte nicht die einzigen, die bei einer erschöpfenden Kritik des Instanzenwesens würden aufgefaßt werden müssen. Wie viel kommt nicht in Absicht auf die zweckmäßige Anordnung von Stufengerichten zugleich unter Anderem darauf an, wie das Verfahren bei diesen Behörden geordnet, wie ihr gegenseitiges Verhältniß zu einander näher bestimmt, wie eine jede verfassungsmäßig besetzt sey u. s. w. Für unseren Zweck scheint es jedoch von größtem Interesse, zu sehen, zu welchen Betrachtungen das deutsche auf der einen und das französische System auf der anderen Seite nach den zuerst bezeichneten beiden Richtungen hin Anlaß gebe.

## §. 4.

Diejenige Instanzenordnung, sagten wir, ziehe gegründeten Tadel auf sich, welche, indem sie Instanzen in zweckwidrig großer Anzahl zuläßt, der Streitlust ein gesetzlich sanktionirtes Mittel an die Hand gibt, die einzelnen Rechtshändel ungebührlich in die Länge zu ziehen. — Es ist wahr, gegen diesen Vorwurf ist ein blos zweifacher Instanzenzug, wie der französische, im Voraus gesichert. Was in der Mehrzahl vorhanden seyn soll, muß natürlich mindestens doppelt gegeben seyn. Eine eben so durch sich selbst gesetzte, feste Grenze, wie für das Minimum, suchen wir für das zuläßige Maximum der Instanzen vergebens. Daß es indeß, wie wohl behaup-

Digitized by Google

tet worden ist [11]), bei zwei Instanzen schon deßhalb schlechterdings bewenden müsse, weil es ausserdem für die Zahl der Widerholungen gänzlich an einem Principe fehle und weil sonst nicht abzusehen wäre, warum nicht eben so gut eine vierte, fünfte, sechste u. s. w., als eine dritte Instanz zuzulassen sey, scheint, beim Lichte besehen, doch auf eine Spitzfindigkeit hinauszulaufen. Wenigstens wüßten wir kaum zu sagen, warum über die Frage von dem statthaften Maximum der Instanzen nicht lediglich nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit entschieden werden sollte, die im Gebiete der Proceßgesetzgebung so oft allein den Ausschlag geben müssen und namentlich das ganze hier in Rede stehende Institut eigentlich allein in das Daseyn gerufen haben.

Läßt man, wie es hin und wieder der Fall ist, noch jetzt Berufungen so oft und so lange zu, bis drei gleichförmige Entscheidungen über den nemlichen Punkt ergangen sind; so mag wohl das Bedenken sich aufdringen, ob darin nicht, genau genommen, eine viel nachtheiligere, als nützliche Ueberladung des Processes liege. Wenn ferner nach den Proceßordnungen mancher deutschen Länder oder Gebiete eine Parthei sogar so lange Rechtsmittel ergreifen darf [12]), bis drei gleichlautende Erkenntnisse in ununterbrochener Reihe aufeinander gefolgt sind, so fühlt Jeder das Seltsame, das Ueberschwengliche einer solchen, an ein processualisches Würfelspiel unwillkührlich erinnernden, Einrichtung. Allein dem deutschen gemeinen Processe sind dergleichen Auswüchse zum Glück unbekannt, und die Bundesgesetze insbesondere haben sie nirgends ausdrücklich gut geheißen, sondern nur keine Notiz von ihnen genommen, in der für nothwendig erkannten dreifachen Gliederung der Gerichtsbarkeit aber das Quantum satis genugsam angedeutet. Sollte nun nichts desto weniger schon das einfache, reine Drei-Instanzen-System — und dieses haben wir hier durchweg allein im Blicke — ähnlichen Ausstellungen unterliegen? Wer dies behaupten wollte, würde darthun müssen, daß selbst drei Instanzen zu einer allenthalben zweckwidrigen Fortdauer der Rechtshändel hinführen, also zwei Instanzen

11) S. Siegen Jurist. Abhandl. Götting. 1834. N. X. S. 169.

12) S. davon Mittermaier a. a. O. S. 25. Note 75. und Waldeck Controversen-Entscheidungen des Oberappell.-Ger. zu Wolfenbüttel. S. 313.



Digitized by Google

für eine tüchtige Justizpflege unbedingt wenigstens den nemlichen Dienst erweisen; — ein Nachweis, der, unseres Wissens, bis jetzt weder geliefert noch, mit specieller Rücksicht auf die deutsche Rechtsverfassung, je unternommen worden ist, in der That auch nie wird erbracht werden können, so lange es wahr bleibt, daß Zeitgewinn auf Kosten der Gründlichkeit bei der Erörterung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten denn doch kaum ein wahrer Gewinn zu nennen wäre. Sind doch, nach dem Zeugnisse der Erfahrung, die Fälle eben so selten nicht, wo es, wie von Linde bemerkt[13]), „selbst bei den redlichsten Bestrebungen der streitenden Theile und ihrer Anwälte, und bei der umsichtigsten Proceßleitung des Richters, erst in der dritten Instanz gelingt, die Sache theils juristisch, theils auch nur factisch so vollständig aufzuklären, damit ein wirklich befriedigender Ausspruch erfolgen könne." — Man möchte, nicht ohne Schein, einwerfen, durch Zulassung einer dritten Instanz werde der Zweck selbst wieder aufgehoben, um dessentwillen mittelst der zweiten Instanz eine Kontrole angeordnet worden sey; denn eben wegen der Möglichkeit, daß in der zweiten Instanz eine von der früheren abweichende Entscheidung erwartet werden dürfe, sey ja die zweite Instanz errichtet worden[14]). Aber fragen wir hier blos: sollte sich das einfache Rechtsgefühl wohl dabei beruhigen, wenn der eine Richter ein bestimmtes Rechtsverhältniß so, der andere hingegen in einer ganz entgegengesetzten Weise aufgefaßt und entschieden hätte? Sollte nicht besonders in solchen Fällen das Bedürfniß nach einem dritten Richter, der gleichsam das Schiedsamt verwalte, wie zwischen den Partheien, so zwischen den frühern Richtern selbst, ein nahe liegendes, in der Natur der Sache begründetes seyn?

§. 5.

Wirklich dürfte ein dreifacher Rechtszug in so weit nur leisten, was billigen Anforderungen an das Instanzenwesen entspricht. Wir werden weiter unten noch einmal hierauf zurückkommen. Zu dem zweiten der vorhin hervorgehobenen Gesichtspunkte gewendet, glauben wir aber sofort zeigen zu können, daß die dritte Instanz nicht blos keine überflüssige Zugabe, sondern ein unentbehrliches Element sey in der deutschen Rechtsverfassung.

13) Lehre v. d. Rechtsmitteln §. 78. S. 289.

14) Vgl. Frhr. v. Holzschuher: der Rechtsweg ꝛc. Nürnberg. 1831. S. 186.

Digitized by Google

Natürlich wird nicht leicht ein Staat von etwas größerer geographischer Ausdehnung es umgehen können, selbst für Bezirke, die ganz von der nämlichen Gesetzgebung beherrscht werden, eine Mehrzahl von coordinirten Justizstellen zu errichten, welche in der zweiten Instanz die Justiz administriren, zugleich auch wohl die Geschäftsthätigkeit der Untergerichte ihres Bereiches zu controliren und zu beaufsichtigen bestimmt sind.

Eine eben so unausbleibliche, als unabweisliche Folge dieser, schon durch lokale Gründe gebotenen, Einrichtung ist alsdann aber die, daß eine stetige Rechtssprechung zwar bei den einzelnen dieser Oberbehörden, nie aber bei der Gesammtheit derselben erwartet werden darf, indem sehr oft die eine das nemliche Gesetz so, die andere, nach dem Maaße ihrer Einsicht und nach der von ihr gewonnenen pflichtmäßigen Ueberzeugung, anders auffassen und auslegen wird. Nun ließe sich zwar an und für sich selbst überall kein wirksameres Vorbeugungsmittel hierwider denken, als: größtmöglichste Vollständigkeit und Klarheit der anzuwendenden Gesetze. Inzwischen soll freilich der Gesetzgeber, der schlechthin Vollendetes zu leisten vermöchte, so gut wie der Interpret, der mit dem Glauben an eigene Unfehlbarkeit die unwiderstehliche Gabe verbände, diesen Glauben auch Anderen einzuimpfen, noch geboren werden. Und da nun gleichwohl an möglichster Conformität in der Gesetzesauslegung und in der Rechtssprechung, theils um der Rechtssicherheit willen, theils zum Behufe der doktrinellen Ergänzung der Gesetze, nicht wenig gelegen ist; so wird es, wie schon oben angedeudet wurde, keiner Justizverfassung an einem entsprechenden Organe fehlen dürfen, wodurch Stetigkeit und Gleichförmigkeit in der Rechtssprechung erhalten und Disharmonien zwischen Gesetz und Praxis, so viel thunlich, ausgeglichen werden.

Auch in Deutschland hat man nur selten übersehen, daß dies in einzelnen größeren Bezirken immer nur von einem Centralpuncte aus möglich sey. Während dies aber hier einfach zu einer dritten und obersten Instanz — dem Schlußsteine in der hierarchischen Ordnung des Instanzensystems — hinführte, die ebendeshalb als aus einem wahren innern Bedürfnisse hervorgegangen, als unentbehrlich betrachtet werden muß, fand man in Frankreich gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts hin an Statt einer dritten Instanz ein eigenthümliches Auskunftsmittel, nemlich die Errichtung eines Kas-



Digitized by Google

sationshofes (cour de cassation) für nöthig, wobei der sofort in die Augen fallende Unterschied darin besteht, daß, während die deutschen obersten Justizstellen zugleich die obersten Gerichtshöfe bilden, der französische Kassationshof dagegen zwar gleichfalls eine allen Gerichtsstellen übergeordnete Justizbehörde ist, selbst jedoch, da sein arrêt nie mehr als Nichtigkeit, d. i. juristische Nichtexistenz eines, ebendeshalb nun erst rechtsgemäß zu erholenden, letztinstanzlichen Urtheils ausspricht, die Eigenschaft einer eigentlichen Gerichtsbehörde nicht an sich trägt.

Wie ein geistreicher Lobredner des französischen Processes, von Holzschuher [15]) weiter ausgeführt hat, liegt hier aber folgender Hauptgedanke zum Grunde. Indem man bei jedem Rechtsstreite das Factum, um welches es sich handelt, und die Rechtsfrage sorgfältig scheidet, nimmt man an, daß zum Behufe der thatsächlichen Feststellung des Streitverhältnisses eine Verdoppelung der Instanz vollkommen genüge. Eine Parthei, glaubt man, die durch den ganzen Gang des ersten Verfahrens und durch die Entscheidungsgründe des ersten Richters nicht zur vollen Uebersicht ihres Streitverhältnisses und dessen, was zur Erlangung des Rechtes noch mangelt, oder noch dazu führen kann, gelangt sey, werde dazu überhaupt nicht leicht gelangen. Ebenso könne es, um von Seite des Richters der treuen und vollständigen Auffassung der sächlichen Momente und der gehörigen Würdigung aller Beweismittel versichert zu seyn, schon deßhalb nur einer Controle bedürfen, weil für die Zahl der weiteren Controlen kein absoluter, rationeller Endpunkt gefunden werden würde. — Ganz anders verhalte es sich aber, wo es auf die Subsumtion eines festgestellten Sachverhältnisses unter das entsprechende Gesetz ankomme. In diesem Bezuge sey allerdings eine höhere, also dritte Justizstelle nöthig; nicht blos weil die Aufgabe des Richters in so weit häufig so schwierig sey, daß die bloße Verdoppelung der Instanz eine genügende Lösung kaum sattsam verbürge, sondern auch weil bei der richtigen und gleichförmigen Anwendung der Gesetze die Gesammtheit eben so betheiliget sey, wie die Partheien es seyen, indem es hier gar nicht mehr blos der einzelnen Sache, sondern einem viel wichtigeren und höheren Zwecke, der Aufrechthaltung der Gesetze nemlich, gelte.

---

15) Im angef. Werke. S. 185

Ob nun der Laie in Frankreich in die Sonderung der Begriffe von Thatfrage und von Rechtsfrage sich besser zu finden vermöge, als bei uns, wo gewöhnlich nur dem rechtsgebildeten Verstande vollkommen klar zu werden pflegt, was im concreten Fall in jenes Gebiet gehöre, was in dieses, kann billig dahin gestellt bleiben. Eben so wenig soll hier näher untersucht werden, ob, wenn die thatsächliche Erörterung und Feststellung eines Streitverhältnisses aus den angegebenen Gründen wirklich nur eine einfache Controle verträgt, ob dann, sagen wir, bei der Prüfung von Rechtsfragen nichts desto weniger eine zweifache solche Controle nach absoluten Vernunftgesetzen gerechtfertigt erscheine, oder ob etwa, beim Lichte besehen, hier durch Zulassung einer widerholten Controle, ähnlich wie dies auch in Absicht auf die deutsche dritte Instanz der Fall ist, eine blos annäherungsweise Vervollkommnung des Instanzenwesens zu erweisen gesucht worden sey, im Grunde also das Princip der Zweckmäßigkeit — die Einsicht, daß, man vervielfältige die Controlen auch noch so sehr, dem Streite zuletzt doch ein Ziel gesetzt werden müsse, — auch hier vorgewaltet habe.

Anerkennen wir aber auch noch so bereitwillig das Großartige einer Tendenz, wie sie namentlich in Absicht auf die ideale Rechtssphäre dem französischen Kassationshofe kaum abzusprechen seyn wird, so vermögen wir darum doch noch keineswegs, dem französischen einen absoluten und unbedingten Vorzug vor dem deutschen Instanzensysteme einzuräumen. Vielmehr müssen wir hier darauf zurückkommen, daß der Werth jeder solchen Einrichtung sich wesentlich darnach bestimmt, in wiefern sie der gesammten Rechts- und Gerichtsverfassung des Landes, wo sie eben besteht, entspricht, oder nicht in Einklang damit zu bringen ist. Dieß aber genugsam erwogen, dürfte sich herausstellen, daß die französische Instanzenordnung für Frankreich vollkommen gemäß seyn könne, sie aber in Deutschland adoptiren, auf das Gelindeste ausgedrückt, so viel heißen würde, als: den Einklang der Gesetzgebung durch Umgestaltung eines ihrer Theile ohne Noth stören und das Eingewohnte, durch Erfahrung bewährt Gefundene, durch mißliches Experimentiren der Speculation zum Opfer bringen.

Offenbar ist die Wirksamkeit eines obersten Organes für Aufrechthaltung der Harmonie zwischen Theorie und Praxis, wie der französische Kassationshof es zu seyn bestimmt ist, eben so wesentlich

Digitized by Google

durch das Vorhandenseyn einer allgemeinen gleichen Gesetzgebung bedingt, als ein solches Institut nur da die ihm eigenthümlichen Vorzüge zu entfalten vermag, wo Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege mit dem Institute der Staatsanwaltschaft, in der nemlichen Ausdehnung und mit den nemlichen Attributionen bekleidet wie in Frankreich, sich vorfindet [16]).

Wo dagegen, wie noch zur Zeit in den deutschen Bundesstaaten fast ohne Ausnahme, neben dem sogenannten gemeinen Recht, oder neben dem Landrechte, die mannigfaltigsten Provinzial- und Statutargesetze Geltung behaupten; wo sehr oft in einem engbegrenzten Gebiete, hin und wieder sogar an dem nemlichen Orte, ganz verschiedene Rechte zur Anwendung zu bringen sind, und wo insbesondere der gemeine deutsche Proceß, der seiner ganzen Anlage nach wenig darauf berechnet ist, dem größeren Publicum eine Kontrole des Verlaufs und des Ausganges der einzelnen Privatrechtshändel auch nur möglich zu machen, mehr oder weniger die Grundlage bildet für das ganze Rechtsverfahren, da werden höchste Justizstellen nach Art und Weise des französischen Kassationshofs — wie dies da, wo diese exotische Pflanze auf deutschem Boden heimisch zu machen versucht ward, die Erfahrung bereits hinlänglich bestätigt hat [17]), — nur in sehr unvollkommener Gestalt gedacht und nur mit wenig glänzenden Erfolgen wirksam werden können. Ein selbstständiges, bedeutsames Interesse der Gesammtheit bei einer gleichmäßigen Gesetzesauslegung und Anwendung, welche (da die Hauptaufgabe der Gerichte dann doch immer bleiben muß, unbekümmert darum, wie in früheren ähnlichen Fällen etwa entschieden worden seyn möge, zu erkennen und auszusprechen, was das Recht erheischet [18])), ohnehin zuletzt einen blos hypothetischen Werth hat, tritt hier begreiflich nie, oder doch nur in sehr vermindertem Grade hervor. Nur um so zweckentsprechender wird bei uns eine weitere Theilung der richterlichen Gewalt, wie sie auf der Trennung des Urtheils über die Thatsachen von dem Urtheile über die Rechtsfragen beruht, in Civilsachen vermieden und in der obersten Instanz eine wiederholte Prüfung des dem einzelnen Rechtsfall zu Grunde liegenden factischen

16) Auch v. Holzschuher erkennt dies an in der Note *'). S. 125.

17) Mittermaier a. a. O. S. 139 und 148.

18) „Non exemplis, sed legibus judicandum!" constit. 13. C. 7, 45.

Verhältnisses mit der nochmaligen Erörterung und mit einem letzten Urtheile darüber, ob die vorigen Richter den Fall unter das richtige Gesetz subsumirt haben, verbunden, je öfter bei einem Rechtszustande, wie dem so eben geschilderten, die Rechtssatzungen, welche die Entscheidungsnormen für streitige Fälle abgeben, in einer gewissermaßen natürlichen, sie gewissermaßen dem Gewohnheitsrechte annähernden, Verbindung mit der eigentlichen Thatfrage stehen, die im Grunde blos formell sich trennen läßt; und je ungleich häufiger, als bei einer allgemeinen durchgreifenden Gesetzgebung, hier die Frage sich einmischt, ob diese oder jene rechtliche Bestimmung entweder überhaupt, oder noch zur Zeit, oder an einem bestimmten Orte Anwendung leide oder nicht. — Nur die gewichtige Lehre läßt sich aus der französischen Einrichtung auch für manche deutsche Staaten wohl abnehmen, wie sehr es zur Förderung einer wünschenswerthen Stetigkeit in der Rechtssprechung sich empfehle, daß für kein Land oder für keinen District, wo das nemliche Recht und soweit dieses hier anzuwenden ist, mehr denn ein oberstes Gericht bestehe, welches eine oberste Gericht, wie die Mittelgerichte in kleineren Kreisen oder in bestimmten Arten von Gegenständen die Gesetzesauslegung und Rechtssprechung zu vermitteln haben, diese in dem ganzen Lande oder Bezirk überwache. In der That gleicht es ja wohl einem Widerspruche, wenn, bei gleichem Rechtszustande, in einem und demselben Bezirke mehrere höchste Instanz-Gerichte angetroffen werden.

## §. 6.

Somit wäre das deutsche Drei-Instanzen-System, sowohl an und für sich selbst, als der französischen Instanzen-Ordnung gegenüber, nach den oben bezeichneten beiden Richtungen hin, wie es scheint, hinlänglich gerechtfertiget und wir könnten deshalb hier abbrechen. Allein die gleichfalls bereits in Frage gezogenen Bedenken gegen die Haltbarkeit und Vernunftmäßigkeit jenes Systems sind auch noch in ein anderes Gewand eingekleidet worden. Auch in diesem Gewande müssen wir sie daher noch kennen lernen und vollends zu beseitigen bemühet seyn. Auch wird sich dabei Gelegenheit finden, den eigentlichen Zweck und Sinn des ganzen Institutes noch etwas näher theils kürzlich zu beleuchten, theils zu würdigen.

Man hat gegen unser System den Zweifel erregt, daß wenn die zweite Instanz das erste Urtheil bestätige, das Gericht dritter

Digitized by Google

Instanz aber den Ausspruch der zweiten Instanz reformire, es einer etwas starken Präsumtion bedürfe, um zu glauben, daß nur bei der höchsten Instanz die Weisheit ruhe. Das Volk, sagt man, werde erwägen, daß hier die Meinung zweier Gerichte gegen die Meinung eines einzigen streite, und der unbefangene Verstand werde zu glauben geneigt seyn, daß das Recht da seyn müsse, wo die meisten Stimmen hinfielen. Wolle man es in dem unterstellten Falle bei drei Instanzen belassen, so scheine man hart gegen Den zu seyn, der die Meinung von zwei Gerichten für sich und nur von einem Gericht gegen sich habe. Man werde daher eine vierte Instanz zulassen müssen. Stimme diese aber der dritten bey, so „stehe das Zünglein der Wage still," und es werde nun erst recht zweifelhaft, auf welcher Seite die Wahrheit liege. Dies führe dann zu einer fünften, sechsten Instanz und so weiter fort. Die Auctorität einer dritten und letzten Instanz könne folglich nur in dem Bedürfniß, ein Ende des Streites durch einen kategorischen Ausspruch herbeizuführen, liegen, oder in der überwiegenden Zahl der Richter der letzten Instanz, im Verhältniß zu den schwächer besetzten Gerichten der ersten und der zweiten Instanz. Das Erstere involvire eine Vermuthung, in welcher eine Beleidigung gegen die Richter der beiden unteren Instanzen zu liegen scheine. Was aber das numerische Verhältniß anlange, so werde unschwer zu beweisen seyn, daß nicht selten in dem obersten Gericht, verglichen mit der Zahl der Richter, die in den beiden ersten Instanzen zusammen genommen thätig gewesen, eine geringere Richterzahl sich beisammen befunden habe [19].

Hiergegen muß indeß Folgendes erinnert werden:

Wollte man zuvörderst auch zugeben, daß zwei conformen Urtheilen unterer Instanzgerichte ein größeres Gewicht beigelegt werden könne, als dem abändernden, aber einzeln stehenden Erkenntnisse der dritten und obersten Instanz; so würde hieraus doch blos so viel folgen, daß, wenn der zweite Richter die Entscheidung des Ersteren bestätiget hat, die Berufung an die dritte Instanz ausgeschlossen bleiben müsse.

Wirklich fehlt es bekanntlich nicht an deutschen Landesprozeß-

19) Vergl. hierüber Mittermaier a. a. O. S. 21. ff. Bedenken eigener Art — die jedoch bei näherer Erwägung schlechthin unhaltbar befunden werden dürften — wider dritte Inst.-Gerichte in kleineren Staaten s. bei Siegen a. a. O. S. 169. ff.

Digitized by Google

Ordnungen, welche solchen Falls ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulassen. Der eigentliche Zweck dabei ist, die dritte Instanz zu erleichtern und die Processe abzukürzen; die vielbesprochene aus einem besonderen Anlasse, namentlich auch bei dem deutschen Bundestage [20]), discutirte hierher jedoch nicht weiter gehörige Frage aber: ob die Wahl des Auskunftmittels wirklich eine ganz glückliche zu nennen sey? ist wie zum Theil aus dem Obigen schon erhellen dürfte, und von Anderen speciell nachgewiesen worden [21]), zum mindesten sehr problematisch. So viel ist auf jeden Fall klar, daß jene Theorie selbst die dritte Instanz an und für sich keineswegs entbehren kann. Unterstellen doch die Gegner, es werde, wenn ein Richterspruch in der zweiten Instanz confirmiret und in der dritten reformiret werde, ein vierter Richter aber dem Erkenntkenntnisse der letzteren beitrete, — es werde dann erst recht ungewiß, auf welcher Seite das Recht liege. Folgerecht würden sie also auch zugeben müssen, daß auch dann, wenn der Ausspruch des zweiten Richters von dem Ausspruche des ersteren abweiche, die Sache noch keineswegs für definitiv entschieden erachtet werden könne, die wahre Entscheidung also nur erst noch eingeholt werden müsse.

## §. 7.

Faßt man jedoch den Grundgedanken, der bei der Unterordnung der Gerichte überhaupt und bei der Aufstellung einer bestimmten Instanzenfolge nothwendig der leitende ist, näher in das Auge, so ergibt sich leicht das Unstatthafte jener ganzen Betrachtungsweise. Der Grund, warum man ein Richteramt nicht als genügend ansieht, kann zunächst allein in der einfachen Erwägung liegen, daß die Handlungen der Richter so wenig, als die Handlungen der Menschen überhaupt, über Irrthum und Schwäche erhaben gedacht werden mögen. Ganz und unbedingt können dies auch die Entscheidungen der höhern und höchsten Instanzgerichte, selbst der bestbesetzten, nicht, da doch freilich auch ihre Urtheile nicht durch höhere Inspiration eingegeben werden. Was also schon im römischen Rechte [22]) in den Worten: appellatio *nonnunquam* bene latas sententias in pejus reformat; neque enim *utique* melius pronunciat, qui novissimus

20) S. Protokolle der deutschen B. V. v. Jahre 1822. B. 15. S. 178. ff.

21) Vergl. v. Linde a. a. O. §. 78. S. 283. ff.

22) L. 1. D. 49, 1.

Digitized by Google

sententiam laturus est, ausgesprochen ist, wird, als Ausnahme von der Regel, wie es auch von dem römischen Juristen hingestellt wurde, wohl für alle Zeiten und für alle Rechtsverfassungen als wahr gelten müssen. Zweifelnd ließe sich noch hinzufügen, daß man durch die Gliederung der Gerichtsbarkeit sich zwar sicher dagegen zu stellen suchen möge, daß nicht der einzeln stehende Unterrichter vom Gefühl seiner Unfehlbarkeit beschlichen das Urtheil fälle, daß damit aber gleichwohl nur wenig gewonnen sey, weil dann doch immer noch die Möglichkeit bliebe, daß bei dem Gericht der obersten Instanz im einzelnen Fall ein ähnliches Gefühl sich Einfluß verschaffe.

Dieß alles zeugt indeß blos für die, freilich nicht zu bestreitende, rein positive Natur des hier zu Frage stehenden Instituts. Immer würde ein hoher Grad von Skepticismus, ein Verläugnen der Erfahrung von Jahrhunderten dazu gehören, wollte man in Abrede stellen, daß, zumal bei dem gegenwärtigen Rechtszustande in Deutschland, ein Richterspruch, der nach mehrfacher, stufenweiser Verhandlung und Entscheidung erfolgt ist, im Allgemeinen eine ungleich größere Gewähr für seine Rechtsgemäßheit in sich trage, als das, sofort ein definitives Recht festsetzende, Urtheil eines einzeln dastehenden Gerichts [23]). Schon die gewöhnlich vollkommenere organische Einrichtung der höheren Instanzgerichte, so wie die größere Sorgfalt, die der Staat bei ihrer Besetzung anwendet und anwenden kann, begründet für sie das Recht, für ihre Entscheidungen gegenüber den Entscheidungen der nachgeordneten Richter, den Vorzug in Anspruch zu nehmen, den das Gesetz denselben beigelegt wissen will.

## §. 8.

Nur muß man sich sehr hüten, jenen Vorzug in der vollkommeneren äußern Ausrüstung der höheren Instanzgerichte, namentlich in der collegialischen Verfassung, die bei ihnen die herkömmliche ist, in der größeren Anzahl der Gerichtsmitglieder, sowie in der größeren Intelligenz, die bei den einzelnen Mitgliedern vorausgesetzt werden darf, allein zu suchen. Wollte man dies, so würde freilich nicht allein gegen die Ansicht, in welcher manche neuere Schriftsteller sich so sehr gefallen, die den Entscheidungen der Untergerichte im Grunde blos den Werth von überflüssigen „Rechtsgutachten" oder „Ent-

23) Vergl. Klüber, die Selbstständigkeit des Richteramts ꝛc. Frankf. a. M. 1833. S. 10.

Digitized by Google

scheidungsversuchen" beigelegt wissen wollen [24]), im Ganzen genommen wenig einzuwenden seyn, sondern es würden, wie die Gerichte dritter Instanz als solche, so folgerecht auch die Gerichte der Mittelinstanz im Grund als ganz entbehrlich sich darstellen, sobald man sich nur entschlösse, an die Stelle der bisherigen Unter- und Einzelrichter möglichst vollzählige Richter-Collegien zu setzen, oder die Rechtsuchenden hinfort sogleich an die bisherigen Gerichte der höchsten Instanz zu verweisen. Ernstlich ist erst ohnlängst noch ein ähnlicher Vorschlag, gestützt auf Gründe dieser Art, gemacht, und nur, um ihn desto annehmbarer erscheinen zu lassen, in einer Maße modificirt worden, in der er selbst mit den Bestimmungen der deutschen Bundesakte in Einklang zu bringen versucht ward [25]).

Das entscheidende Übergewicht, welches die Urtheile höherer Instanzen sich vindiciren dürfen, liegt aber nach dem Geiste des ganzen Institutes zugleich wesentlich mit in dem, bisher beinahe übersehenen, oder doch nicht genugsam hervorgehobenen Umstande, daß nicht allein jedem solchen Urtheile eine neue contradiktorische Erörterung des Streitverhältnisses von Seiten der Partheien vorausgegangen zu seyn pflegt, sondern auch darin, daß die zur Entscheidung vorliegende Sache erst dann an den Oberrichter gelangt, wenn bereits vorher wenigstens ein früherer Richter sie, mit mehr oder minderem Glück, aber stets mit keinem geringeren, als dem Bestreben, die höhere Instanz überflüssig zu machen, beleuchtet, das Streitige von dem Unstreitigen ausgeschieden, durch sein Urtheil und seine Entscheidungsgründe das Wahre entweder wirklich schon gefunden und nur vielleicht noch nicht überzeugend genug herausgestellt, oder, wäre auch das Falsche von ihm ergriffen worden, dennoch zur Sichtung des Wahren von dem Irrigen fördernd mit gewirkt hatte.

Gleich wie den Partheien selbst häufig erst bei einer wiederholten und durch eine wiederholte Behandlung und Entscheidung der Sache klar wird, wobei es bei der definitiven Aburtheilung ankomme, eben so weckt und entwickelt auch bei den Richtern nicht selten erst das wechselseitige Gedankenspiel neue, richtigere Ansich-

24) Vergl. darüber Mittermaier in der angez. Schrift. 2ter Beitr. S. 16. f. 3ter Beitr. S. 32.

25) Nemlich von: Waldeck in den angezog. Controversen-Entscheidungen N. XVI. S. 279. ff.

Digitized by Google

ten. Ebendeßhalb wird den pflichtmäßigen Bemühungen der Richter der unteren Instanzen ein wesentlicher Einfluß auf die Leistungen der höheren Instanzrichter selbst dann nicht abgesprochen werden können, wenn sie zu abweichenden Resultaten geführt hatten. So wenig sich von einzelnen Stimmführern bei einem höhern oder höchsten Gericht mit Grund sagen läßt, ihre Mitwirkung bei Findung des Urtheils wäre überflüssig oder entbehrlich gewesen, wenn Stimmenmehrheit für eine andere, als die von ihnen in Vorschlag gebrachte Sentenz entschieden hat, eben so wenig möchte sich dieß von den Bestrebungen des Richters einer untergeordneten Instanz behaupten lassen, dessen Urtheil vielleicht in der höheren Instanz eine Abänderung erlitten hat. Würde man doch sonst den, oft erweislich von sehr zufälligen Umständen veranlaßten, Erfolg viel höher in Anschlag bringen, als die im Zweifel pflichtmäßigen Bestrebungen und den zur Sache gebrachten redlichen Willen. Nirgendwo hat vielleicht der Satz, daß die Wahrheit durch den Widerspruch nur gewinnen könne, eine tiefere praktische Bedeutung, als eben bei der stufenweisen Erörterung und Aburtheilung von Rechtsstreitigkeiten. Beruht somit aber gleich die große Garantie für vermehrte Rechtssicherheit, die durch die Unterordnung der Gerichte herbeigeführt wird, wesentlich mit auf einem richtig verstandenen Zusammenwirken der Richter aller Instanzen, so würde man dennoch diesem, abgesehen von dem letzten Zwecke, sehr disparate, ja schlechthin entgegengesetzte Richtungen verfolgenden, Zusammenwirken einen falschen Sinn unterlegen, wollte man sich zu der Annahme berechtigt halten, daß, wenn die Zahl der Richter verschiedener unterer Instanzen für eine Ansicht größer gewesen wäre, als die Zahl der Richter in einer höhern Instanz gegen diese Ansicht es war, die Ansicht, welche die meisten Stimmen für sich hatte, ebendeshalb auch die bessere seyn müsse. Wenn im Allgemeinen, — um mit von Linde's [26]) Worten fortzufahren — die Gediegenheit eines Urtheils nothwendig von der Anzahl der Stimmen abhinge, dann ließe sich freilich in manchen Fällen, aber doch nicht in allen, mathematisch die Unstatthaftigkeit der dritten Instanz gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse nachweisen. Allein, indem man verschiedene subordinirte Instanzen aufstellt, erkennt man ja schon an,

---

26) Handb. S. 267. ff.

Digitized by Google

daß die Stimmenzahl allein nicht als zureichende Bürgschaft für die Tüchtigkeit eines Rechtsspruchs gelten dürfe.

Vernunftgemäß würde der tüchtigste Rechtsspruch unstreitig der seyn, der die tüchtigsten Gründe für sich hätte. So lange man aber eines anderen Probiersteines, an welchen diese Frage gelegt werden könnte, entbehrt, wird man lediglich an den sich halten müssen, dem das äußere Forum den Stempel aufgedrückt hat, also das Urtheil als das rechtgemäßeste anzuerkennen haben, welches von einem Ge- Gericht ausgegangen ist, bei welchem sich die meisten und vorzüglichsten Mittel der Uebersicht aller Art vereinigt befunden haben. Darauf hingegen, zu welchem Ergebnisse Richter früherer Instanzen gelangt sind, kann wohl schon deshalb im Wesentlichen nichts weiter ankommen, weil in jeder folgenden Instanz andere Darstellungen und Vorträge der Partheien, zumal wenn Nova zuläßig waren, vorliegen, in jeder Instanz auch eine andere Berathung und eine neue Abstimmung stattfindet. Schwerlich möchte daher auch, wenn die Entwickelung der Partheivorträge und die richterliche Berathung in noch so vielen unteren Instanzen zu gleichlautenden Erkenntnissen geführt hat, die Richter der höchsten Instanz aber nichts desto weniger reformatorisch zu sprechen sich bewogen gefunden hätten, in dem letzteren Umstande etwas, was einer Beleidigung für die früheren Richter ähnlich sähe, erblickt werden können. Denn wer würde zu entscheiden vermögen, ob nicht die früheren Richter insgesammt ganz wie die Richter der höchsten Instanz gesprochen haben würden, hätte die frühere Entwickelung die erst in dem letzten Stadium hervorgetretene Ansicht dargeboten.

Möge das hier Gegebene einigermaßen dazu beitragen, den Widerstreit der Meinungen über einen Gegenstand zu schlichten, der, täuscht uns nicht Alles, zugleich einen Beleg dafür zu liefern geeignet ist, daß der gemeine deutsche Civilproceß, geht man unbefangen auf eine genauere Prüfung der dagegen erhobenen Ausstellungen ein, denn doch so viele Blößen nicht darbiete, als uns manche, von fremdem Glanze bestochene, Vertheidiger einer nothwendigen Grundreform desselben gern glauben machen möchten.

---

Digitized by Google

sationshofes (cour de cassation) für nöthig, wobei der sofort in die Augen fallende Unterschied darin besteht, daß, während die deutschen obersten Justizstellen zugleich die obersten Gerichtshöfe bilden, der französische Kassationshof dagegen zwar gleichfalls eine allen Gerichtsstellen übergeordnete Justizbehörde ist, selbst jedoch, da sein arrêt nie mehr als Nichtigkeit, d. i. juristische Nichtexistenz eines, ebendeshalb nun erst rechtsgemäß zu erholenden, letztinstanzlichen Urtheils ausspricht, die Eigenschaft einer eigentlichen Gerichtsbehörde nicht an sich trägt.

Wie ein geistreicher Lobredner des französischen Processes, von Holzschuher[15]) weiter ausgeführt hat, liegt hier aber folgender Hauptgedanke zum Grunde. Indem man bei jedem Rechtsstreite das Factum, um welches es sich handelt, und die Rechtsfrage sorgfältig scheidet, nimmt man an, daß zum Behufe der thatsächlichen Feststellung des Streitverhältnisses eine Verdoppelung der Instanz vollkommen genüge. Eine Parthei, glaubt man, die durch den ganzen Gang des ersten Verfahrens und durch die Entscheidungsgründe des ersten Richters nicht zur vollen Uebersicht ihres Streitverhältnisses und dessen, was zur Erlangung des Rechtes noch mangelt, oder noch dazu führen kann, gelangt sey, werde dazu überhaupt nicht leicht gelangen. Ebenso könne es, um von Seite des Richters der treuen und vollständigen Auffassung der sächlichen Momente und der gehörigen Würdigung aller Beweismittel versichert zu seyn, schon deßhalb nur einer Controle bedürfen, weil für die Zahl der weiteren Controlen kein absoluter, rationeller Endpunkt gefunden werden würde. — Ganz anders verhalte es sich aber, wo es auf die Subsumtion eines festgestellten Sachverhältnisses unter das entsprechende Gesetz ankomme. In diesem Bezuge sey allerdings eine höhere, also dritte Justizstelle nöthig; nicht blos weil die Aufgabe des Richters in so weit häufig so schwierig sey, daß die bloße Verdoppelung der Instanz eine genügende Lösung kaum sattsam verbürge, sondern auch weil bei der richtigen und gleichförmigen Anwendung der Gesetze die Gesammtheit eben so betheiliget sey, wie die Partheien es seyen, indem es hier gar nicht mehr blos der einzelnen Sache, sondern einem viel wichtigeren und höheren Zwecke, der Aufrechthaltung der Gesetze nemlich, gelte.

15) Im angef. Werke. S. 135

Digitized by Google

Ob nun der Laie in Frankreich in die Sonderung der Begriffe von Thatfrage und von Rechtsfrage sich besser zu finden vermöge, als bei uns, wo gewöhnlich nur dem rechtsgebildeten Verstande vollkommen klar zu werden pflegt, was im concreten Fall in jenes Gebiet gehöre, was in dieses, kann billig dahin gestellt bleiben. Eben so wenig soll hier näher untersucht werden, ob, wenn die thatsächliche Erörterung und Feststellung eines Streitverhältnisses aus den angegebenen Gründen wirklich nur eine einfache Controle verträgt, ob dann, sagen wir, bei der Prüfung von Rechtsfragen nichts desto weniger eine zweifache solche Controle nach absoluten Vernunftgesetzen gerechtfertigt erscheine, oder ob etwa, beim Lichte besehen, hier durch Zulassung einer widerholten Controle, ähnlich wie dies auch in Absicht auf die deutsche dritte Instanz der Fall ist, eine blos annäherungsweise Vervollkommnung des Instanzenwesens zu erweisen gesucht worden sey, im Grunde also das Princip der Zweckmäßigkeit — die Einsicht, daß, man vervielfältige die Controlen auch noch so sehr, dem Streite zuletzt doch ein Ziel gesetzt werden müsse, — auch hier vorgewaltet habe.

Anerkennen wir aber auch noch so bereitwillig das Großartige einer Tendenz, wie sie namentlich in Absicht auf die ideale Rechtssphäre dem französischen Kassationshofe kaum abzusprechen seyn wird, so vermögen wir darum doch noch keineswegs, dem französischen einen absoluten und unbedingten Vorzug vor dem deutschen Instanzensysteme einzuräumen. Vielmehr müssen wir hier darauf zurückkommen, daß der Werth jeder solchen Einrichtung sich wesentlich darnach bestimmt, in wiefern sie der gesammten Rechts- und Gerichtsverfassung des Landes, wo sie eben besteht, entspricht, oder nicht in Einklang damit zu bringen ist. Dieß aber genugsam erwogen, dürfte sich herausstellen, daß die französische Instanzenordnung für Frankreich vollkommen gemäß seyn könne, sie aber in Deutschland adoptiren, auf das Gelindeste ausgedrückt, so viel heißen würde, als: den Einklang der Gesetzgebung durch Umgestaltung eines ihrer Theile ohne Noth stören und das Eingewohnte, durch Erfahrung bewährt Gefundene, durch mißliches Experimentiren der Speculation zum Opfer bringen.

Offenbar ist die Wirksamkeit eines obersten Organes für Aufrechthaltung der Harmonie zwischen Theorie und Praxis, wie der französische Kassationshof es zu seyn bestimmt ist, eben so wesentlich

Digitized by Google

durch das Vorhandenseyn einer allgemeinen gleichen Gesetzgebung bedingt, als ein solches Institut nur da die ihm eigenthümlichen Vorzüge zu entfalten vermag, wo Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege mit dem Institute der Staatsanwaltschaft, in der nemlichen Ausdehnung und mit den nemlichen Attributionen bekleidet wie in Frankreich, sich vorfindet [16]).

Wo dagegen, wie noch zur Zeit in den deutschen Bundesstaaten fast ohne Ausnahme, neben dem sogenannten gemeinen Recht, oder neben dem Landrechte, die mannigfaltigsten Provinzial- und Statutargesetze Geltung behaupten; wo sehr oft in einem engbegrenzten Gebiete, hin und wieder sogar an dem nemlichen Orte, ganz verschiedene Rechte zur Anwendung zu bringen sind, und wo insbesondere der gemeine deutsche Proceß, der seiner ganzen Anlage nach wenig darauf berechnet ist, dem größeren Publicum eine Kontrole des Verlaufs und des Ausganges der einzelnen Privatrechtshändel auch nur möglich zu machen, mehr oder weniger die Grundlage bildet für das ganze Rechtsverfahren, da werden höchste Justizstellen nach Art und Weise des französischen Kassationshofs — wie dies da, wo diese exotische Pflanze auf deutschem Boden heimisch zu machen versucht ward, die Erfahrung bereits hinlänglich bestätigt hat [17]), — nur in sehr unvollkommener Gestalt gedacht und nur mit wenig glänzenden Erfolgen wirksam werden können. Ein selbstständiges, bedeutsames Interesse der Gesammtheit bei einer gleichmäßigen Gesetzesauslegung und Anwendung, welche (da die Hauptaufgabe der Gerichte dann doch immer bleiben muß, unbekümmert darum, wie in früheren ähnlichen Fällen etwa entschieden worden seyn möge, zu erkennen und auszusprechen, was das Recht erheischet [18])), ohnehin zuletzt einen blos hypothetischen Werth hat, tritt hier begreiflich nie, oder doch nur in sehr vermindertem Grade hervor. Nur um so zweckentsprechender wird bei uns eine weitere Theilung der richterlichen Gewalt, wie sie auf der Trennung des Urtheils über die Thatsachen von dem Urtheile über die Rechtsfragen beruht, in Civilsachen vermieden und in der obersten Instanz eine wiederholte Prüfung des dem einzelnen Rechtsfall zu Grunde liegenden factischen

16) Auch v. Holzschuher erkennt dies an in der Note *'). S. 125.

17) Mittermaier a. a. O. S. 139 und 148.

18) „Non exemplis, sed legibus judicandum!" constit. 13. C. 7, 45.

Digitized by Google

Verhältnisses mit der nochmaligen Erörterung und mit einem letzten Urtheile darüber, ob die vorigen Richter den Fall unter das richtige Gesetz subsumirt haben, verbunden, je öfter bei einem Rechtszustande, wie dem so eben geschilderten, die Rechtssatzungen, welche die Entscheidungsnormen für streitige Fälle abgeben, in einer gewissermaßen natürlichen, sie gewissermaßen dem Gewohnheitsrechte annähernden, Verbindung mit der eigentlichen Thatfrage stehen, die im Grunde blos formell sich trennen läßt; und je ungleich häufiger, als bei einer allgemeinen durchgreifenden Gesetzgebung, hier die Frage sich einmischt, ob diese oder jene rechtliche Bestimmung entweder überhaupt, oder noch zur Zeit, oder an einem bestimmten Orte Anwendung leide oder nicht. — Nur die gewichtige Lehre läßt sich aus der französischen Einrichtung auch für manche deutsche Staaten wohl abnehmen, wie sehr es zur Förderung einer wünschenswerthen Stetigkeit in der Rechtssprechung sich empfehle, daß für kein Land oder für keinen District, wo das nemliche Recht und soweit dieses hier anzuwenden ist, mehr denn ein oberstes Gericht bestehe, welches eine oberste Gericht, wie die Mittelgerichte in kleineren Kreisen oder in bestimmten Arten von Gegenständen die Gesetzesauslegung und Rechtssprechung zu vermitteln haben, diese in dem ganzen Lande oder Bezirk überwache. In der That gleicht es ja wohl einem Widerspruche, wenn, bei gleichem Rechtszustande, in einem und demselben Bezirke mehrere höchste Instanz-Gerichte angetroffen werden.

## §. 6.

Somit wäre das deutsche Drei-Instanzen-System, sowohl an und für sich selbst, als der französischen Instanzen-Ordnung gegenüber, nach den oben bezeichneten beiden Richtungen hin, wie es scheint, hinlänglich gerechtfertiget und wir könnten deshalb hier abbrechen. Allein die gleichfalls bereits in Frage gezogenen Bedenken gegen die Haltbarkeit und Vernunftmäßigkeit jenes Systems sind auch noch in ein anderes Gewand eingekleidet worden. Auch in diesem Gewande müssen wir sie daher noch kennen lernen und vollends zu beseitigen bemühet seyn. Auch wird sich dabei Gelegenheit finden, den eigentlichen Zweck und Sinn des ganzen Institutes noch etwas näher theils kürzlich zu beleuchten, theils zu würdigen.

Man hat gegen unser System den Zweifel erregt, daß wenn die zweite Instanz das erste Urtheil bestätige, das Gericht dritter

Digitized by Google

Instanz aber den Ausspruch der zweiten Instanz reformire, es einer etwas starken Präsumtion bedürfe, um zu glauben, daß nur bei der höchsten Instanz die Weisheit ruhe. Das Volk, sagt man, werde erwägen, daß hier die Meinung zweier Gerichte gegen die Meinung eines einzigen streite, und der unbefangene Verstand werde zu glauben geneigt seyn, daß das Recht da seyn müsse, wo die meisten Stimmen hinfielen. Wolle man es in dem unterstellten Falle bei drei Instanzen belassen, so scheine man hart gegen Den zu seyn, der die Meinung von zwei Gerichten für sich und nur von einem Gericht gegen sich habe. Man werde daher eine vierte Instanz zulassen müssen. Stimme diese aber der dritten bey, so „stehe das Zünglein der Wage still," und es werde nun erst recht zweifelhaft, auf welcher Seite die Wahrheit liege. Dies führe dann zu einer fünften, sechsten Instanz und so weiter fort. Die Auctorität einer dritten und letzten Instanz könne folglich nur in dem Bedürfniß, ein Ende des Streites durch einen kategorischen Ausspruch herbeizuführen, liegen, oder in der überwiegenden Zahl der Richter der letzten Instanz, im Verhältniß zu den schwächer besetzten Gerichten der ersten und der zweiten Instanz. Das Erstere involvire eine Vermuthung, in welcher eine Beleidigung gegen die Richter der beiden unteren Instanzen zu liegen scheine. Was aber das numerische Verhältniß anlange, so werde unschwer zu beweisen seyn, daß nicht selten in dem obersten Gericht, verglichen mit der Zahl der Richter, die in den beiden ersten Instanzen zusammen genommen thätig gewesen, eine geringere Richterzahl sich beisammen befunden habe [19]).

Hiergegen muß indeß Folgendes erinnert werden:

Wollte man zuvörderst auch zugeben, daß zwei conformen Urtheilen unterer Instanzgerichte ein größeres Gewicht beigelegt werden könne, als dem abändernden, aber einzeln stehenden Erkenntnisse der dritten und obersten Instanz; so würde hieraus doch blos so viel folgen, daß, wenn der zweite Richter die Entscheidung des Ersteren bestätiget hat, die Berufung an die dritte Instanz ausgeschlossen bleiben müsse.

Wirklich fehlt es bekanntlich nicht an deutschen Landesprozeß-

19) Vergl. hierüber Mittermaier a. a. O. S. 21. ff. Bedenken eigener Art — die jedoch bei näherer Erwägung schlechthin unhaltbar befunden werden dürften — wider dritte Inst.-Gerichte in kleineren Staaten s. bei Siegen a. a. O. S. 169. ff.

Digitized by Google

Ordnungen, welche solchen Falls ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulassen. Der eigentliche Zweck dabei ist, die dritte Instanz zu erleichtern und die Processe abzukürzen; die vielbesprochene aus einem besonderen Anlasse, namentlich auch bei dem deutschen Bundestage [20]), discutirte hierher jedoch nicht weiter gehörige Frage aber: ob die Wahl des Auskunftmittels wirklich eine ganz glückliche zu nennen sey? ist wie zum Theil aus dem Obigen schon erhellen dürfte, und von Anderen speciell nachgewiesen worden [21]), zum mindesten sehr problematisch. So viel ist auf jeden Fall klar, daß jene Theorie selbst die dritte Instanz an und für sich keineswegs entbehren kann. Unterstellen doch die Gegner, es werde, wenn ein Richterspruch in der zweiten Instanz confirmiret und in der dritten reformiret werde, ein vierter Richter aber dem Erkenntkenntnisse der letzteren beitrete, — es werde dann erst recht ungewiß, auf welcher Seite das Recht liege. Folgerecht würden sie also auch zugeben müssen, daß auch dann, wenn der Ausspruch des zweiten Richters von dem Ausspruche des ersteren abweiche, die Sache noch keineswegs für definitiv entschieden erachtet werden könne, die wahre Entscheidung also nur erst noch eingeholt werden müsse.

## §. 7.

Faßt man jedoch den Grundgedanken, der bei der Unterordnung der Gerichte überhaupt und bei der Aufstellung einer bestimmten Instanzenfolge nothwendig der leitende ist, näher in das Auge, so ergibt sich leicht das Unstatthafte jener ganzen Betrachtungsweise. Der Grund, warum man *ein* Richteramt nicht als genügend ansieht, kann zunächst allein in der einfachen Erwägung liegen, daß die Handlungen der Richter so wenig, als die Handlungen der Menschen überhaupt, über Irrthum und Schwäche erhaben gedacht werden mögen. Ganz und unbedingt können dies auch die Entscheidungen der höhern und höchsten Instanzgerichte, selbst der bestbesetzten, nicht, da doch freilich auch ihre Urtheile nicht durch höhere Inspiration eingegeben werden. Was also schon im römischen Rechte [22]) in den Worten: appellatio *nonnunquam* bene latas sententias in pejus reformat; neque enim *utique* melius pronunciat, qui novissimus

20) S. Protokolle der deutschen B V. v. Jahre 1822. B. 15. S. 178 ff.
21) Vergl. v. Linde a. a. O. §. 78. S. 283. ff.
22) L. 1. D 49, 1.

sententiam laturus est, ausgesprochen ist, wird, als Ausnahme von der Regel, wie es auch von dem römischen Juristen hingestellt wurde, wohl für alle Zeiten und für alle Rechtsverfassungen als wahr gelten müssen. Zweifelnd ließe sich noch hinzufügen, daß man durch die Gliederung der Gerichtsbarkeit sich zwar sicher dagegen zu stellen suchen möge, daß nicht der einzeln stehende Unterrichter vom Gefühl seiner Unfehlbarkeit beschlichen das Urtheil fälle, daß damit aber gleichwohl nur wenig gewonnen sey, weil dann doch immer noch die Möglichkeit bliebe, daß bei dem Gericht der obersten Instanz im einzelnen Fall ein ähnliches Gefühl sich Einfluß verschaffe.

Dieß alles zeugt indeß blos für die, freilich nicht zu bestreitende, rein positive Natur des hier zu Frage stehenden Instituts. Immer würde ein hoher Grad von Skepticismus, ein Verläugnen der Erfahrung von Jahrhunderten dazu gehören, wollte man in Abrede stellen, daß, zumal bei dem gegenwärtigen Rechtszustande in Deutschland, ein Richterspruch, der nach mehrfacher, stufenweiser Verhandlung und Entscheidung erfolgt ist, im Allgemeinen eine ungleich größere Gewähr für seine Rechtsgemäßheit in sich trage, als das, sofort ein definitives Recht festsetzende, Urtheil eines einzeln dastehenden Gerichts [23]). Schon die gewöhnlich vollkommenere organische Einrichtung der höheren Instanzgerichte, so wie die größere Sorgfalt, die der Staat bei ihrer Besetzung anwendet und anwenden kann, begründet für sie das Recht, für ihre Entscheidungen gegenüber den Entscheidungen der nachgeordneten Richter, den Vorzug in Anspruch zu nehmen, den das Gesetz denselben beigelegt wissen will.

## §. 8.

Nur muß man sich sehr hüten, jenen Vorzug in der vollkommeneren äußern Ausrüstung der höheren Instanzgerichte, namentlich in der collegialischen Verfassung, die bei ihnen die herkömmliche ist, in der größeren Anzahl der Gerichtsmitglieder, sowie in der größeren Intelligenz, die bei den einzelnen Mitgliedern vorausgesetzt werden darf, allein zu suchen. Wollte man dies, so würde freilich nicht allein gegen die Ansicht, in welcher manche neuere Schriftsteller sich so sehr gefallen, die den Entscheidungen der Untergerichte im Grunde blos den Werth von überflüssigen „Rechtsgutachten" oder „Ent-

23) Vergl. Klüber, die Selbstständigkeit des Richteramts 2c. Frankf. a. M. 1833. S. 10.

Digitized by Google

scheidungsversuchen" beigelegt wissen wollen [24]), im Ganzen genommen wenig einzuwenden seyn, sondern es würden, wie die Gerichte dritter Instanz als solche, so folgerecht auch die Gerichte der Mittelinstanz im Grund als ganz entbehrlich sich darstellen, sobald man sich nur entschlösse, an die Stelle der bisherigen Unter- und Einzelrichter möglichst vollzählige Richter-Collegien zu setzen, oder die Rechtsuchenden hinfort sogleich an die bisherigen Gerichte der höchsten Instanz zu verweisen. Ernstlich ist erst ohnlängst noch ein ähnlicher Vorschlag, gestützt auf Gründe dieser Art, gemacht, und nur, um ihn desto annehmbarer erscheinen zu lassen, in einer Maße modificirt worden, in der er selbst mit den Bestimmungen der deutschen Bundesakte in Einklang zu bringen versucht ward [25]).

Das entscheidende Übergewicht, welches die Urtheile höherer Instanzen sich vindiciren dürfen, liegt aber nach dem Geiste des ganzen Institutes zugleich wesentlich mit in dem, bisher beinahe übersehenen, oder doch nicht genugsam hervorgehobenen Umstande, daß nicht allein jedem solchen Urtheile eine neue contradiktorische Erörterung des Streitverhältnisses von Seiten der Partheien vorausgegangen zu seyn pflegt, sondern auch darin, daß die zur Entscheidung vorliegende Sache erst dann an den Oberrichter gelangt, wenn bereits vorher wenigstens ein früherer Richter sie, mit mehr oder minderem Glück, aber stets mit keinem geringeren, als dem Bestreben, die höhere Instanz überflüssig zu machen, beleuchtet, das Streitige von dem Unstreitigen ausgeschieden, durch sein Urtheil und seine Entscheidungsgründe das Wahre entweder wirklich schon gefunden und nur vielleicht noch nicht überzeugend genug herausgestellt, oder, wäre auch das Falsche von ihm ergriffen worden, dennoch zur Sichtung des Wahren von dem Irrigen fördernd mit gewirkt hatte.

Gleich wie den Partheien selbst häufig erst bei einer wiederholten und durch eine wiederholte Behandlung und Entscheidung der Sache klar wird, wobei es bei der definitiven Aburtheilung ankomme, eben so weckt und entwickelt auch bei den Richtern nicht selten erst das wechselseitige Gedankenspiel neue, richtigere Ansich-

---

24) Vergl. darüber Mittermaier in der angez. Schrift. 2ter Beitr. S. 16. f. 3ter Beitr. S. 32.

25) Nemlich von: Waldeck in den angezog. Controversen-Entscheidungen N. XVI. S. 279. ff.

Digitized by Google

ten. Ebendeßhalb wird den pflichtmäßigen Bemühungen der Richter der unteren Instanzen ein wesentlicher Einfluß auf die Leistungen der höheren Instanzrichter selbst dann nicht abgesprochen werden können, wenn sie zu abweichenden Resultaten geführt hatten. So wenig sich von einzelnen Stimmführern bei einem höhern oder höchsten Gericht mit Grund sagen läßt, ihre Mitwirkung bei Findung des Urtheils wäre überflüssig oder entbehrlich gewesen, wenn Stimmenmehrheit für eine andere, als die von ihnen in Vorschlag gebrachte Sentenz entschieden hat, eben so wenig möchte sich dieß von den Bestrebungen des Richters einer untergeordneten Instanz behaupten lassen, dessen Urtheil vielleicht in der höheren Instanz eine Abänderung erlitten hat. Würde man doch sonst den, oft erweislich von sehr zufälligen Umständen veranlaßten, Erfolg viel höher in Anschlag bringen, als die im Zweifel pflichtmäßigen Bestrebungen und den zur Sache gebrachten redlichen Willen. Nirgendwo hat vielleicht der Satz, daß die Wahrheit durch den Widerspruch nur gewinnen könne, eine tiefere praktische Bedeutung, als eben bei der stufenweisen Erörterung und Aburtheilung von Rechtsstreitigkeiten. Beruht somit aber gleich die große Garantie für vermehrte Rechtssicherheit, die durch die Unterordnung der Gerichte herbeigeführt wird, wesentlich mit auf einem richtig verstandenen Zusammenwirken der Richter aller Instanzen, so würde man dennoch diesem, abgesehen von dem letzten Zwecke, sehr disparate, ja schlechthin entgegengesetzte Richtungen verfolgenden, Zusammenwirken einen falschen Sinn unterlegen, wollte man sich zu der Annahme berechtigt halten, daß, wenn die Zahl der Richter verschiedener unterer Instanzen für eine Ansicht größer gewesen wäre, als die Zahl der Richter in einer höhern Instanz gegen diese Ansicht es war, die Ansicht, welche die meisten Stimmen für sich hatte, ebendeshalb auch die bessere seyn müsse. Wenn im Allgemeinen, — um mit von Linde's [26] Worten fortzufahren — die Gediegenheit eines Urtheils nothwendig von der Anzahl der Stimmen abhinge, dann ließe sich freilich in manchen Fällen, aber doch nicht in allen, mathematisch die Unstatthaftigkeit der dritten Instanz gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse nachweisen. Allein, indem man verschiedene subordinirte Instanzen aufstellt, erkennt man ja schon an,

---

26) Handb. S. 267. ff.

daß die Stimmenzahl allein nicht als zureichende Bürgschaft für die Tüchtigkeit eines Rechtsspruchs gelten dürfe.

Vernunftgemäß würde der tüchtigste Rechtsspruch unstreitig der seyn, der die tüchtigsten Gründe für sich hätte. So lange man aber eines anderen Probiersteines, an welchen diese Frage gelegt werden könnte, entbehrt, wird man lediglich an den sich halten müssen, dem das äußere Forum den Stempel aufgedrückt hat, also das Urtheil als das rechtgemäßeste anzuerkennen haben, welches von einem Ge-Gericht ausgegangen ist, bei welchem sich die meisten und vorzüglichsten Mittel der Uebersicht aller Art vereinigt befunden haben. Darauf hingegen, zu welchem Ergebnisse Richter früherer Instanzen gelangt sind, kann wohl schon deshalb im Wesentlichen nichts weiter ankommen, weil in jeder folgenden Instanz andere Darstellungen und Vorträge der Partheien, zumal wenn Nova zuläßig waren, vorliegen, in jeder Instanz auch eine andere Berathung und eine neue Abstimmung stattfindet. Schwerlich möchte daher auch, wenn die Entwickelung der Partheivorträge und die richterliche Berathung in noch so vielen unteren Instanzen zu gleichlautenden Erkenntnissen geführt hat, die Richter der höchsten Instanz aber nichts desto weniger reformatorisch zu sprechen sich bewogen gefunden hätten, in dem letzteren Umstande etwas, was einer Beleidigung für die früheren Richter ähnlich sähe, erblickt werden können. Denn wer würde zu entscheiden vermögen, ob nicht die früheren Richter insgesammt ganz wie die Richter der höchsten Instanz gesprochen haben würden, hätte die frühere Entwickelung die erst in dem letzten Stadium hervorgetretene Ansicht dargeboten.

Möge das hier Gegebene einigermaßen dazu beitragen, den Widerstreit der Meinungen über einen Gegenstand zu schlichten, der, täuscht uns nicht Alles, zugleich einen Beleg dafür zu liefern geeignet ist, daß der gemeine deutsche Civilproceß, geht man unbefangen auf eine genauere Prüfung der dagegen erhobenen Ausstellungen ein, denn doch so viele Blößen nicht darbiete, als uns manche, von fremdem Glanze bestochene, Vertheidiger einer nothwendigen Grundreform desselben gern glauben machen möchten.

---

Digitized by Google

V.

# Über das germanische Element im Code Napoléon.

Von

Prof. Dr. Zöpfl in Heidelberg.

So gewiß die Wurzeln und der Charakter des germanischen Rechtes vor Allem in Deutschland selbst aufgesucht werden müssen, so muß doch auch der Blick nach Außen zu jenen Völkern gerichtet werden, zu welchen das germanische Recht durch die Einwanderung der germanischen Stämme verpflanzt worden ist, wenn man über die Bildungsfähigkeit desselben ein umfassendes Urtheil erlangen will. Solche Untersuchungen müssen eher gemacht werden, bevor man ihrer Resultate bedarf. Wo die Legislationsfrage praktisch drängt, dürfte es leicht an Zeit und Muße zur Untersuchung — wenn auch nicht an gutem Willen zur Beherzigung ihrer Ergebnisse fehlen. Die Völker sind in den letzten Jahrhunderten einander vielfach näher gerückt. Handel und Verkehr nicht minder als die Politik haben vielfache Bande um sie geschlungen und mannigfache Berührungspunkte erschaffen. Es ist unvermeidlich, daß nicht die Rechtsbildung des einen auf die anderen Einfluß übe. Das Bedürfniß einer vergleichenden Jurisprudenz neben der philosophischen Speculation und der historischen Forschung kann nicht mehr ohne Befriedigung gelassen werden. Die Aufforderung hierzu ist um so dringender, als es nur zwei Haupt- und Mutterrechte sind — das römische und das germanische Recht — aus welchen alle übrigen Rechte des westlichen Europa, ja sogar die Rechte von Amerika geflossen sind. Sie ist um so dringender, als das germanische Recht von den Germanen als Siegern in die Provinzen des römischen Reiches getragen worden und eben deßhalb, wie z. B. namentlich in Frankreich und England, in manchen Lehren dem römischen Rechte vollständig obgesiegt,

Digitized by Google

und sich zum Theile reiner von fremden Beimischungen erhalten hat, als in Deutschland selbst, wo das große Ansehen des fremden Rechtes und der fehlerhafte Gebrauch desselben als eines kaiserlichen Gesetzes oft das umgekehrte Verhältniß bewirkt, und vieles ächt Germanische, wahrlich nicht zum Nutzen der Nation verkümmert und erstickt hat. Die Aufsuchung der Spuren des deutschen Rechtes in den praktisch geltenden Rechten der auswärtigen Nationen ist auch darum wichtig, weil sich von dem, was sich auch in den fremden Staaten, welche von den germanischen Stämmen gegründet worden sind, durch mehr als ein Jahrtausend unter dem Wechsel der Verhältnisse, unter dem Einflusse fremder Rechte, Sitten und Gebräuche, unter einem fremden Himmelsstriche und ungeachtet der Amalgamation mit den romanischen Nationen von dem germanischen Rechte erhalten hat, wohl ohne Bedenken wird behaupten lassen dürfen, daß es von dem germanischen Volkscharakter unzertrennlich ist, und um so weniger jemals von einer deutschen Legislation ausgeschlossen werden dürfte. Eine Untersuchung dieser Art wird uns also auch in einem gewissen geographischen Sinne universelle germanische Rechtsideen erkennen lassen — ein germanisches »jus gentium« in der altclassischen Bedeutung dieses Wortes — und dürfte daher auch schon in dieser Rücksicht als ein ergänzender Beitrag zur Geschichte der Rechtsphilosophie der germanischen Völker Einiges im allgemeinen Interesse darbieten. Wir werden uns daher bemühen, in diesem und einem späteren Aufsatze wenigstens einige der vorzüglichsten germanischen Rechtsideen hervorzuheben, deren unverkennbare Spuren uns in den Rechten der auswärtigen, den Deutschen seit der Völkerwanderung mehr oder minder stammverwandten Völker begegnen, um dadurch zugleich unsere Behauptung von dem Vorhandenseyn eines unzerstörlichen, wenn gleich oft verkannten individuellen und nationalen Charakters des deutschen Rechtes vollständiger zu rechtfertigen.

Wir beginnen hier mit vergleichenden Betrachtungen über das französische Recht, besonders da dieses für einen Theil von Deutschland sogar ein unmittelbares praktisches Interesse hat.

Als nämlich im Jahre 1806 das deutsche Reich sich aufgelöst hatte, und eine nicht geringe Anzahl von ehemaligen Reichsständen dem von Frankreich vorgeschlagenen und unter dem Protektorate seines Kaisers errichteten Rheinbunde beigetreten, und durch das Grundgesetz dieses Bundes das Aufhören der Verbindlichkeit aller Reichs-

Digitized by Google

gesetze für die Mitglieder desselben und ihre Unterthanen ausgesprochen worden war, da konnte der Gedanke nicht ferne bleiben, dem gesammten Rechte in den Ländern der Rheinbundfürsten eine neue, den veränderten Verhältnissen möglichst entsprechende Grundlage zu geben. Die Schöpfung neuer Gesetze mußte hier um so mehr als ein unabweisliches Bedürfniß erkannt werden, als schon längst vor der Auflösung des deutschen Reiches die bittersten Klagen über Unsicherheit und Verworrenheit des Rechtes laut geworden waren, und mehr als einmal schon kräftige Stimmen die patriotische Forderung der Herstellung eines nationalen und zeitgemäßen Rechtszustandes, die Forderung einer Emancipation von den Fesseln des römischen Rechtes und der Vernichtung eines unseligen, die besten Kräfte zersplitternden Partikularismus durch eine gemeinsame deutsche Gesetzgebung erhoben hatten. Demungeachtet waren die Jahre, während deren der Rheinbund bestand, nichts weniger, als geeignet für die Entwickelung einer umsichtigen legislativen Thätigkeit. Die Auflösung des deutschen Reiches war für die meisten Reichsstände ein unerwarteter Schlag gewesen. Deutschland war unvorbereitet in die neuen politischen Verhältnisse hineingeworfen worden, und kaum erlaubten die kriegerischen Verwickelungen jener Zeit auch nur an die nothdürftigste Ordnung der chaotischen Verwirrung zu denken, in welcher sich die politischen Elemente in den plötzlich, und wie durch einen Zauberspruch hervorgerufenen, der neuen Souverainität noch ungewohnten Staaten befanden. Unter solchen Verhältnissen mußte das von dem Protektor an die Rheinbundsfürsten gestellte Verlangen, das mit seinem Namen geschmückte französische Civilgesetzbuch anzunehmen, beinahe als der dankenswerthe Vorschlag eines einfachen Auskunftsmittels aufgenommen werden, so sehr sich auf der anderen Seite das deutsche Nationalgefühl dagegen sträuben mochte, anstatt ein zeitgemäßes nationales Recht sich selbst zu erschaffen, nur ein fremdes Recht, das römische mit einem anderen, dem französischen zu vertauschen. So bedenklich dieser Tausch auch aus dem Grunde seyn mochte, weil das französische Recht damals in Deutschland weder in seinen Prinzipien, noch in seinen Consequenzen richtig begriffen, am wenigsten aber seine Verwandtschaft mit dem deutschen Rechte auch nur geahnet war, und es überdieß sämmtliche Partikularrechte und Gewohnheiten, mithin sogar jene Reste des angestammten Rechtes zum unbedingten Opfer verlangte, welche doch

Digitized by Google

selbst neben dem weltherrschenden Römerrechte noch eine kleine Stelle gefunden hatten — so wenig man sich über die Absichten des Protektors täuschen konnte, durch die Verpflanzung seiner Gesetzbücher auf den germanischen Boden die Rheinbundslande nach Römerart zur Provinz umzuwandeln, so mußten doch diese Bedenken in mehreren Staaten und namentlich am Rhein und in dem neugeschaffenen Königreiche Westphalen theils dem gebieterischen Wunsche des Protektors weichen, theils sah man sich durch das unaufschiebliche Bedürfniß einer Gesetzgebung zu dem Wagniß gedrungen, die selbst in Frankreich noch wenig erprobte neue Gesetzgebung zu adoptieren — jener Landstriche zu geschweigen, welche von Deutschland losgerissen und dem französischen Kaiserreiche völlig einverleibt worden waren. Der Freiheitskampf in den Jahren 1813 und 1814 machte zwar dem französischen Einflusse ein Ende, und mehrere Staaten beeilten sich, das kaum eingeführte französische Recht wieder abzuschaffen. In Baden, in den bayerischen und in den preußischen Rheinlanden wurde dagegen die französische Gesetzgebung, so weit sie eingeführt war, beibehalten, und sehr bemerkenswerther Weise äußerte sich in diesen Landstrichen bald eine ungemeine, mit dem längeren Gebrauche fortwährend wachsende Anhänglichkeit des Volkes und des Juristenstandes an das französische Recht, so daß nunmehr ein Versuch, dasselbe aufzuheben, ohne ein neues, zeitgemäßes Gesetzbuch an seine Stelle zu setzen, kaum anders, als der Versuch eines Angriffes auf die bürgerliche Freiheit selbst empfunden werden würde.

Wenn sich eine solche Anhänglichkeit an das französische Recht nur in jenen Ländern zeigen würde, in welchen die französische Gesetzgebung mit ihren sämmtlichen Institutionen, wie Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens in Civil- und Criminalsachen, Friedensgerichte, Jury u. s. w. eingeführt worden ist, so möchte man vielleicht versucht seyn, dieselbe auf Rechnung einer politischen Richtung zu setzen, welche verleiten könnte, selbst das Unvollkommene als ein Palladium zu vertheidigen, wenn es nur als der Ausfluß eines beliebten Prinzipes betrachtet werden kann. Allein jene Erscheinung ist um so eigenthümlicher, als man derselben auch in Baden begegnet, wo nur allein die französische Civilgesetzgebung als Landrecht eingeführt worden ist, und mithin von einer Vorliebe für die politischen Institutionen des französischen Rechtes nicht die Rede seyn kann. Wir wollen daher versuchen, einige Andeutungen über die Gründe



Digitized by Google

zu geben, aus welchen das französische Civilrecht einen so großen Boden in jenen deutschen Ländern gewinnen konnte, wo man einmal die ersten Schwierigkeiten seiner Behandlung überwunden hatte.

Ueber den Werth des Code civil ist in Deutschland von Anfang an sehr viel und leidenschaftlich gestritten worden. Man hat ihn bald für ein non-plus-ultra aller legislativen Weisheit, bald für ein unverständiges und überdieß mit revolutionären Ideen ausgestopftes Machwerk ausgegeben. Die Wahrheit liegt, wie gewöhnlich, auch hier in der Mitte, und neben der Anerkennung großer Mängel müssen dem Code auch viele Vorzüge und innerer Werth zugestanden werden. Der Code civil hat ähnlich, wie in früheren Zeiten das kanonische Recht, und in gleicher praktischen Tendenz, nur mehr systematisch und umfassender, das Veraltete und blos Historische ausgeschieden, das praktische Recht aber, wenigstens zum bei Weitem größten Theile (nachdem der erste Versuch, ein blos auf philosophischen Prinzipien beruhendes Civilgesetzbuch zu erschaffen, mißlungen war) — auf historischen Grundlagen, auf der Basis des römischen und des franko-germanischen Rechtes aufgebaut. Der Code civil hat den übermäßigen und verkehrten Gebrauch des römischen Rechtes, mit welchem man Jahrhunderte lang in Frankreich wie in Deutschland Abgötterei getrieben hatte, eingeschränkt; er hat seinen Gebrauch auf ein richtiges Maas und auf denselben, zum großen Nachtheile der nationalen Rechtsentwickelung früher in Frankreich und Deutschland nur zu bald übersehenen und vergessenen Grundsatz zurückgeführt, nach welchem auch das kanonische Recht von dem römischen Anwendung gemacht hatte, indem er demselben nur die Autorität einer raison écrite zuerkennt, ohne den Richter zu verpflichten, seine einzelnen Bestimmungen mit sclavischer Aengstlichkeit als Gesetze zu befolgen. Wenn der Code civil kein anderes Verdienst hätte, als jenes, das richtige Verhältniß des römischen Rechtes zu den nationalen Rechten der Völker germanischen Ursprungs unserer Zeit wieder zum Bewußtseyn gebracht zu haben, so würde ihm schon hierdurch für die Geschichte der Rechtsentwickelung in Europa eine Epoche machende Bedeutung, und für die Praxis ein unschätzbarer Werth beigelegt werden müssen: denn Vieles, wo nicht Alles, ist gewonnen, und wenigstens der größte, einflußreichste und entscheidende Schritt ist da geschehen, wo es gelungen ist, das Prinzip aufzufinden und auszusprechen, wonach zwei Rechte, wie das römische und

Digitized by Google

das germanische, welche Jahrhunderte lang um den Vorzug der Vernünftigkeit kämpften, friedlich neben einander in praktischer Anwendung bestehen und sich gegenseitig ergänzen können — ein Prinzip, welches auf der einen Seite dem nationalen Rechte seine Gültigkeit und seine Herrschaft sichert, und auf der anderen Seite ihm möglich macht, sich alles anzueignen, was in dem römischen, unläugbar fein entwickelten Rechte auf den Charakter allgemeiner Gültigkeit Anspruch machen kann. Dadurch, daß der Code civil den Gebrauch des römischen Rechtes auf seine Anwendung als raison écrite beschränkt, verstattet er überhaupt eine rationale Entwickelung des Rechtes auf historischen und nationalen Grundlagen; er verstattet der fortschreitenden Philosophie eine gleiche Einwirkung auf die Rechtsbildung und Rechtsprechung, und macht für jeden einzelnen Fall eine wissenschaftliche auf ein selbst-eigenes logisches Raisonnement des Richters gestützte Entscheidung nothwendig. Nichts hat sich daher ungegründeter erwiesen, als die Befürchtung, daß die wissenschaftliche Entwickelung des Rechtes durch den Code gehemmt werden würde; im Gegentheile wurde dieselbe (insofern man darunter etwas Anderes versteht, als ein Herumkramen im blos Antiquarischen ohne Zweck und Ziel, nämlich das Erforschen der Natur der Rechtsverhältnisse mit philosophischem Geiste und praktischem Blick, das Eindringen in die Idee derselben und deren logische Entwickelung) — durch den Code erst recht angefacht, und besonders dadurch sehr gehoben und gefördert, daß die wissenschaftliche Thätigkeit der gesammten französischen Nation in juristischer Beziehung durch ihn einen gemeinschaftlichen Vereinigungspunkt für ihre Bestrebungen erhielt, wie ihn, leider, Deutschland zum großen Nachtheile der Rechtspflege und der Rechtswissenschaft noch immer entbehrt. Gerade dieß, daß der Code sich meistens nur auf die Aufstellung von einigen leitenden Grundsätzen beschränkt, ja sogar seine vielen, zum Theil absichtlichen und den Redactoren desselben wohl bewußten Lücken, welche aber der Richter im Art. 4 angewiesen ist, durch sein eigenes wissenschaftliches Raisonnement auszufüllen, haben die Rechts-Wissenschaft aus den Fesseln erlöst, welche ihr das römische Recht angelegt hatte. Eben die Freiheit der Rechtsentwickelung, welche der Code auf der leicht übersehbaren Grundlage von zwei Tausend und einigen kleinen Artikeln gestattet, ist es, welche dem Code seinen hauptsächlichsten Werth verleiht, und ihm überall, wo er eingeführt



Digitized by Google

und nicht sofort wieder verstoßen wurde, bevor der praktische Jurist mit seinem Geiste vertraut werden konnte, eine so große Anhänglichkeit verschafft hat. Wo man sich durch die ersten Schwierigkeiten der Anwendung des Code hindurch gearbeitet hatte, bemerkte man alsbald, daß er in Folge seiner ganzen Anlage den Juristen unserer Zeit, den Theoretiker sowohl als den Praktiker, auf den Standpunkt der römischen Juristen des classischen Zeitalters zurückversetzt, und demselben wieder selbst=schöpferisch zu raisonnieren gestattet, während man seither fast ausschließlich darauf beschränkt war, zu erforschen, wie die sog. classischen römischen Juristen raisonniert hatten, und ihre oft nur mit Mühe und nicht ohne fortwährende Zweifel über die Richtigkeit des Verständnisses entdeckten individuellen Meinungen als unabänderliche Gesetze in Anwendung zu bringen, so sehr sich auch unser nationales Rechtsgefühl und unsere nationale Denkweise dagegen sträuben und empören mochten.

Auch die unläugbar ausgezeichnete Redaction des Code civil, seine Präcision im Ausdruck und seine Reinheit von Widersprüchen muß als ein Vorzug aufgeführt werden, welcher Vieles zu seiner Empfehlung beigetragen hat. Wir wollen jedoch bei diesem Punkte, als etwas Allbekanntem, nicht verweilen, sondern sogleich ein Verhältniß berühren, welches bisher weniger, ja, man darf vielleicht sagen, nicht oder doch nicht genügend beachtet, und vielleicht selbst in den deutschen Ländern, in welchen der Code Gültigkeit hat, bisher mehr gefühlt als erkannt worden ist, nichts desto weniger aber, wenn gleich vielleicht unbemerkt, Vieles, wo nicht das Meiste beigetragen hat, ihm Anhänglichkeit zu verschaffen — nämlich die große Verwandtschaft vieler Bestimmungen des Code mit unserem nationalen deutschen Rechte selbst. Der Code liefert einen sprechenden Beweis dafür, daß in dem nationalen Rechte der Völker gewisse unzerstörliche Grundansichten über ihre socialen Verhältnisse enthalten sind, — eine gleichsam angeborne Philosophie, welche mit dem Volke überall hinwandert, die sich bei ihm überall wieder findet, wohin es auch durch die Fügungen der Vorsehung von seinen ursprünglichen Wohnsitzen hinweggeführt und verpflanzt worden seyn mag — eine Philosophie, welche selbst die Amalgamation mit anderen Völkern nur modificieren, nie aber, so lange nicht das Volk selbst ausgestorben ist, völlig ersticken kann. Man darf ungescheut behaupten, wenn auch alle anderen historischen Zeugnisse verloren

Digitized by Google

wären, so würde doch die Verwandtschaft der Völker mit Sicherheit aus ihren Rechten entdeckt und erkannt werden können. Die nationale Aufregung des deutschen Volkes gegen Frankreich in jenen Jahren, in welchen das französische Civilgesetzbuch angefangen hatte, nach Deutschland verpflanzt zu werden, insbesondere der Umstand, daß es seiner äußeren Gestalt nach als Gesetzbuch einer auswärtigen, nach der Oberherrschaft in Deutschland strebenden Nation erschien und von dem Protektor des Rheinbundes den deutschen Völkern gleichsam aufgedrungen werden wollte, sodann aber auch die im Allgemeinen in Deutschland selbst in der damaligen Zeit noch keineswegs genügend verbreitete Einsicht in das Wesen, und die obersten nationalen Prinzipien des deutschen Rechtes und das noch absolute Uebergewicht des römischen Elementes in der deutschen Rechtspflege am Anfange dieses Jahrhunderts, wodurch es geschah, daß fast nur Romanisten als Stimmführer in den Angelegenheiten der Gesetzgebung auftraten; — dieß Alles zusammengenommen, waren Gründe genug vorhanden, um die wirkliche Verwandtschaft einer großen Reihe von Bestimmungen des Code civil mit dem deutschen Rechte völlig verkennen zu lassen. Man wähnte, indem man den Code anfeindete, das einheimische Recht gegen das fremde zu vertheidigen, und doch war es nur selbst ein fremdes, eingedrungenes, das dem Volke sogar schon längst überlästige römische Recht, welches man auf diese Weise, sich selbst über die Natur des Kampfes täuschend, in Schutz nahm. Man bemerkte nicht, daß die Rechtsbildung in Frankreich bis zur Abfassung des Code civil fast ganz denselben Gang genommen hatte, wie in Deutschland; man übersah, daß in Frankreich gerade in derselben Zeit, durch dieselben Jahrhunderte hindurch, germanisches (fränkisches) und römisches Recht um den Vorrang gekämpft, und sich wechselweise durchdrungen hatten, wie in Deutschland. Man war unfähig, zu erkennen, daß der Code civil in einer großen Reihe von Materien den Sieg des germanischen Elementes in der Rechtsbildung über das römische proclamiert hatte, ja ich möchte fast sagen, man erschrack in Deutschland, übermäßig an römische Rechtsbegriffe gewöhnt, vor den eigenen Instituten des germanischen Rechtes, als sie der Code plötzlich in Gesetzesform darstellte, und auch dem germanischen Rechte eine Stelle auf dem Altar anwies, wo man bisher allein dem römischen Rechte geopfert hatte. Es fehlte sogar nicht viel, daß nicht unsere

Digitized by Google

eigenen deutschen Rechtsinstitute selbst als revolutionär verschrieen worden wären, weil sie vor uns in einem fremden Gewande und in einer allerdings mitunter sonderbaren Vermischung mit den Lieblingsideen der französischen Revolution auftraten. Allein jene Zeiten, wo diese Selbsttäuschung über das eigene nationale Recht möglich, ja unvermeidlich war, sind vorüber. Wir können jetzt, ohne unserem Nationalgefühle zu nahe zu treten, das Gute im französischen Rechte anerkennen: wir dürfen es um so mehr, als wir es als germanisches Recht vindiciren, als wir behaupten können, daß die französische Nation, eine Tochter Germaniens, von ihrem Mutterlande großen Theiles das Recht empfieng, welches sie uns in der Form eines Gesetzbuches zurückgab; wir dürfen es endlich um so mehr, als nicht mehr die Rede davon ist, daß Frankreich dem deutschen Volke ein Recht aufdringen wolle, sondern nur die Benützung der Leistungen Frankreichs im Gebiete der Legislation in Frage steht.

Die unmittelbaren Quellen, woraus der Code civil seine Bestimmungen schöpfte, sind bekanntlich die Schriften der französischen Juristen, wie Pothier u. A., welche das römische Recht auf ähnliche Weise, wie die deutschen Juristen in dem vorigen Jahrhunderte behandelten, d. h. überall auf seine Modificationen durch die Praxis und Landesgewohnheiten Rücksicht nahmen, und also nicht sowohl ein römisches Recht, als vielmehr nur einen usus modernus desselben darstellten. Neben diesen den Bedürfnissen der Praxis angepaßten Schriften über das römische Recht dienten als unmittelbare Quelle die Coutumes, namentlich die von Paris, besonders in der Lehre vom Intestaterbrecht, von den ehelichen Güterrechten und den gesetzlichen Baudienstbarkeiten, ferner die älteren königlichen Ordonnanzen in der Lehre von den Acten des bürgerlichen Standes, von den Schenkungen und Testamenten, überhaupt hinsichtlich des Formenwesens, womit das französische Recht theilweise überladen ist. Endlich gehören auch noch hieher einige Gesetze aus der Revolutionszeit, welche besonders in der Lehre von der Ehe, der älterlichen Gewalt und im Hypothekenwesen von Einfluß waren. Vergleichen wir das Verhältniß dieser unmittelbaren Quellen des Code civil zu einander, so kann uns nicht entgehen, daß römisches Recht und Gewohnheitsrecht seine Hauptbestandtheile ausmachen; unter Gewohnheitsrecht sind aber nicht gerade jene einzelnen, verhältnißmäßig weniger zahlreichen Bestimmungen zu verstehen, welche un=

Digitized by Google

mittelbar aus den Coutumes herübergetragen worden sind, als vielmehr und hauptsächlich jene Rechtsansichten, welche in den Schriften der französischen Juristen als Modificationen und usus modernus des römischen Rechts vorgetragen worden waren. Dieser usus modernus ist es, in welchem neben den Coutumes die Spuren der Verwandtschaft des französischen mit dem deutschen Rechte gesucht werden müssen: er ist es, welcher neben den Coutumes selbst das unwiderlegliche Zeugniß dafür giebt, daß sich auch in Gallien eine große Anzahl germanischer Rechtsinstitute seit den Zeiten der fränkischen Occupation in ungeschwächter Kraft und Blüthe erhalten hat. Wir wollen nunmehr versuchen in gedrängter Darstellung eine Übersicht jener Rechtsbestimmungen des Code civil zu geben, in welchen das germanische Rechtselement unverkennbar hervortritt, wobei wir im Allgemeinen der Ordnung der Materien in dem Code selbst folgen werden.

So unverkennbar der Code civil das Gepräge der neueren Zeit an sich trägt, und sowohl die Einwirkung der römischen Rechtswissenschaft als auch der Rechtsphilosophie des XVIII. Jahrhunderts, namentlich der Revolutionszeit, darin deutlich hervortritt, so zeigt der Code nichts desto weniger merkwürdiger Weise in manchen Beziehungen denselben Character, welcher den mittelalterlichen deutschen Rechtsbüchern überhaupt eigen ist. Mit diesen hat nämlich der Code das gemein, daß er weder die allgemeinen Lehren, noch das Obligationenrecht geistvoll oder umfassend ausführt, sondern hier eben so das Meiste dem Ermessen des Richters anheimstellt, wie es in dem germanischen Mittelalter der gesunden Vernunft und dem Billigkeitsgefühle der Schöffen überlassen war. Das Wenige, was der Code in diesen Materien enthält, ist in der Hauptsache dem römischen Rechte entlehnt, welches hierin als vollkommen logisch entwickelt, auf absolute Gültigkeit Anspruch zu machen schien, und gerade so ist auch in Deutschland von jeher das römische Recht zur Ausfüllung des allgemeinen Theiles der Jurisprudenz und des Obligationenrechtes herbeigezogen worden. Ferner ist in dem Code civil das Klagensystem, welches den Glanzpunct der römischen Jurisprudenz bildet, eben so, wie in den germanischen Rechtsbüchern des Mittelalters, fast völlig unentwickelt geblieben, ja sogar wenige einzelne beiläufige Andeutungen, wie z. B. bei der Lehre von der Vindication der Mobilien, abgerechnet, ganz mit Stillschweigen über-

Digitized by Google

gangen. Mancher gerechte Tadel, welcher den Code trifft, hat seinen Grund in dieser Vernachlässigung des Klagensystems, und dieser Mangel macht sich bei einzelnen, besonders practischen Materien mitunter sehr auffallend empfindlich, wie z. B. der Mangel einer festen Scheidung der rei vindicatio, actio Publiciana und der possessorischen Rechtsmittel. Allein gerade diese Vernachlässigung des Klagensystems ist allen germanischen Rechtsbüchern eigen und findet sich selbst im canonischen Rechte, welches zuerst anfing, römische und deutsche Rechtssätze in der Praxis zu verbinden, und durch sein im cap. 6. X. de judiciis u. a. O. offen ausgesprochenes Streben, das römische Klagensystem von der ihm noch theilweise anklebenden altcivilistischen Steifheit zu befreien, diese Geringschätzung und Nichtbeachtung des wichtigsten Rechtsinstitutes, in welchem sich offenbar das gesammte Civilrecht concentrirt, zu empfehlen und zu sanctioniren schien.

So wie im Allgemeinen, so zeigt der Code civil auch im Besondern, und zwar noch in weit höherem Grade, den Character eines germanischen Rechts. Hieher dürfen wir

I. vor Allem den Grundsatz rechnen (art. 3), daß die Statuta realia (les lois concernant les immeubles) den Statutis personalibus unbedingt vorgehen. Desgleichen bestimmt der Sachsenspiegel (Ed. Homeyer) I. 30. „Erbe nimmt man nach des Landes Recht, und nicht nach des Mannes Recht."

II. Deutschrechtlich ist sodann der Vorzug, welcher dem Inländer vor dem Ausländer hinsichtlich des Genusses der bürgerlichen Rechte (droits civils) eingeräumt ist. (Code civil art. 11.) Gerade so, wie der Code civil art. 726 u. art. 912 in Folge des im art. 11 aufgestellten Prinzipes den Fremden für erbunfähig erklärt, so wurde auch in dem deutschen Rechte der Fremde von der Erbschaft ausgeschlossen. Die Art. 726 u. 912, so wie der Art. 980 sind nichts anderes, als Ausflüsse desselben Rechtes, welches in Deutschland unter dem Namen Fremdlingsrecht, Albans-Recht, jus albinagii, in Frankreich aber vor der Abfassung des Code unter dem Namen droit d'aubain bekannt und in Übung war.

III. Nicht minder ist der Grundsatz (art. 204) „Ne dote, qui ne veut" altgermanisch. Auch unsere Rechtsbücher in Deutschland kennen vor der Einführung des römischen Rechtes keine Rechtspflicht des Vaters, eine Tochter auszusteuern; und wenn die Aeltern, wie

Digitized by Google

gewöhnlich, es aus Liebe und freiem Antrieb thaten, so galt die Mitgabe als eine Abfindung der Tochter von ihrer künftigen Erbportion (avancement d'hoirie). — Vgl. Sachsenspiegel I. 5. §. 2.

IV. Wie in dem reinen deutschen Rechte, so ist auch in dem Code das Rechtsverhältniß des Mannes zu seiner Ehefrau auf den Begriff des ehelichen Mundiums gebaut (art. 213). „Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari." — Schwabenspiegel (Ed. Laßberg) cap. 9. „Der Mann ist seines Weibes Vogt und Meister". Vergl. Sachsenspiegel I. 45. §. 1. III. 45. §. 3. — Ferner Code civil (art. 215): „La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari". Sachsenspiegel I. 46. „Magd und Weib müssen aber Vormünder haben zu jeder Klage etc." (Außerdem sind ihre gerichtlichen Erklärungen nichtig und unverbindlich). Sachsenspiegel I. 45. „Ist ein Man seinem Weibe nicht ebenbürtig, er ist doch ihr Vormund". — Desgleichen Code civil art. 217. „La femme ne peut donner, aliéner, hypothequer etc. sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par ecrit". Sachsenspiegel I. 45. §. 2. „Ein Weib mag auch ohne ihres Mannes Gelof nicht ihres Gutes vergeben (verschenken), oder Eigen verkaufen, oder Leibzucht auflassen (verzichten), durch dass (weil) er mit ihr in den Geweren sitzt". — Ebendas. I. 31. §. 2. „Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er in seine Gewere all ihr Gut zu rechter Vormundschaft". Vergl. ebendas. I. 31. §. 1. a. E.

V. Als germanisch dürfen wir auch die Grundsätze ansprechen, welche der Code über die älterliche Gewalt aufstellet. Wenn gleichwohl diese Grundsätze, insoweit sie von dem römischen Rechte abweichen, zum Theile erst durch die Gesetze der Revolutionszeit in positiven Formen ausgesprochen worden sind, so liegt darin ein nur um so schlagenderer Beweis für unsere Behauptung von der Unzerstörbarkeit des Nationalcharacters: es liegt darin die Bestätigung, daß ein Volk, selbst nach Jahrhunderte langer Unterdrückung seiner nationalen Vorstellungsweise über gewiße sociale Verhältnisse in demselben Augenblicke wieder zu derselben zurückkehrt, wo die künstliche Beschränkung derselben, aus was immer für einem Grunde, hinweggefallen ist. Die puissance paternelle des Code civil ist nicht dasselbe, was die patria potestas des römischen Rechtes ist. Sie ist nicht, wie diese, ein selbstsüchtiges und despotisches Recht des pater

Digitized by Google

zu geben, aus welchen das französische Civilrecht einen so großen Boden in jenen deutschen Ländern gewinnen konnte, wo man einmal die ersten Schwierigkeiten seiner Behandlung überwunden hatte.

Ueber den Werth des Code civil ist in Deutschland von Anfang an sehr viel und leidenschaftlich gestritten worden. Man hat ihn bald für ein non-plus-ultra aller legislativen Weisheit, bald für ein unverständiges und überdieß mit revolutionären Ideen ausgestopftes Machwerk ausgegeben. Die Wahrheit liegt, wie gewöhnlich, auch hier in der Mitte, und neben der Anerkennung großer Mängel müssen dem Code auch viele Vorzüge und innerer Werth zugestanden werden. Der Code civil hat ähnlich, wie in früheren Zeiten das kanonische Recht, und in gleicher praktischen Tendenz, nur mehr systematisch und umfassender, das Veraltete und blos Historische ausgeschieden, das praktische Recht aber, wenigstens zum bei Weitem größten Theile (nachdem der erste Versuch, ein blos auf philosophischen Prinzipien beruhendes Civilgesetzbuch zu erschaffen, mißlungen war) — auf historischen Grundlagen, auf der Basis des römischen und des franko-germanischen Rechtes aufgebaut. Der Code civil hat den übermäßigen und verkehrten Gebrauch des römischen Rechtes, mit welchem man Jahrhunderte lang in Frankreich wie in Deutschland Abgötterei getrieben hatte, eingeschränkt; er hat seinen Gebrauch auf ein richtiges Maas und auf denselben, zum großen Nachtheile der nationalen Rechtsentwickelung früher in Frankreich und Deutschland nur zu bald übersehenen und vergessenen Grundsatz zurückgeführt, nach welchem auch das kanonische Recht von dem römischen Anwendung gemacht hatte, indem er demselben nur die Autorität einer raison écrite zuerkennt, ohne den Richter zu verpflichten, seine einzelnen Bestimmungen mit sclavischer Aengstlichkeit als Gesetze zu befolgen. Wenn der Code civil kein anderes Verdienst hätte, als jenes, das richtige Verhältniß des römischen Rechtes zu den nationalen Rechten der Völker germanischen Ursprungs unserer Zeit wieder zum Bewußtseyn gebracht zu haben, so würde ihm schon hierdurch für die Geschichte der Rechtsentwickelung in Europa eine Epoche machende Bedeutung, und für die Praxis ein unschätzbarer Werth beigelegt werden müssen: denn Vieles, wo nicht Alles, ist gewonnen, und wenigstens der größte, einflußreichste und entscheidende Schritt ist da geschehen, wo es gelungen ist, das Prinzip aufzufinden und auszusprechen, wonach zwei Rechte, wie das römische und

Digitized by Google

das germanische, welche Jahrhunderte lang um den Vorzug der Vernünftigkeit kämpften, friedlich neben einander in praktischer Anwendung bestehen und sich gegenseitig ergänzen können — ein Prinzip, welches auf der einen Seite dem nationalen Rechte seine Gültigkeit und seine Herrschaft sichert, und auf der anderen Seite ihm möglich macht, sich alles anzueignen, was in dem römischen, unläugbar fein entwickelten Rechte auf den Charakter allgemeiner Gültigkeit Anspruch machen kann. Dadurch, daß der Code civil den Gebrauch des römischen Rechtes auf seine Anwendung als raison écrite beschränkt, verstattet er überhaupt eine rationale Entwickelung des Rechtes auf historischen und nationalen Grundlagen; er verstattet der fortschreitenden Philosophie eine gleiche Einwirkung auf die Rechtsbildung und Rechtsprechung, und macht für jeden einzelnen Fall eine wissenschaftliche auf ein selbst-eigenes logisches Raisonnement des Richters gestützte Entscheidung nothwendig. Nichts hat sich daher ungegründeter erwiesen, als die Befürchtung, daß die wissenschaftliche Entwickelung des Rechtes durch den Code gehemmt werden würde; im Gegentheile wurde dieselbe (insofern man darunter etwas Anderes versteht, als ein Herumkramen im blos Antiquarischen ohne Zweck und Ziel, nämlich das Erforschen der Natur der Rechtsverhältnisse mit philosophischem Geiste und praktischem Blick, das Eindringen in die Idee derselben und deren logische Entwickelung) — durch den Code erst recht angefacht, und besonders dadurch sehr gehoben und gefördert, daß die wissenschaftliche Thätigkeit der gesammten französischen Nation in juristischer Beziehung durch ihn einen gemeinschaftlichen Vereinigungspunkt für ihre Bestrebungen erhielt, wie ihn, leider, Deutschland zum großen Nachtheile der Rechtspflege und der Rechtswissenschaft noch immer entbehrt. Gerade dieß, daß der Code sich meistens nur auf die Aufstellung von einigen leitenden Grundsätzen beschränkt, ja sogar seine vielen, zum Theil absichtlichen und den Redactoren desselben wohl bewußten Lücken, welche aber der Richter im Art. 4 angewiesen ist, durch sein eigenes wissenschaftliches Raisonnement auszufüllen, haben die Rechts-Wissenschaft aus den Fesseln erlöst, welche ihr das römische Recht angelegt hatte. Eben die Freiheit der Rechtsentwickelung, welche der Code auf der leicht übersehbaren Grundlage von zwei Tausend und einigen kleinen Artikeln gestattet, ist es, welche dem Code seinen hauptsächlichsten Werth verleiht, und ihm überall, wo er eingeführt



Digitized by Google

und nicht sofort wieder verstoßen wurde, bevor der praktische Jurist mit seinem Geiste vertraut werden konnte, eine so große Anhänglichkeit verschafft hat. Wo man sich durch die ersten Schwierigkeiten der Anwendung des Code hindurch gearbeitet hatte, bemerkte man alsbald, daß er in Folge seiner ganzen Anlage den Juristen unserer Zeit, den Theoretiker sowohl als den Praktiker, auf den Standpunkt der römischen Juristen des classischen Zeitalters zurückversetzt, und demselben wieder selbst-schöpferisch zu raisonnieren gestattet, während man seither fast ausschließlich darauf beschränkt war, zu erforschen, wie die sog. classischen römischen Juristen raisonniert hatten, und ihre oft nur mit Mühe und nicht ohne fortwährende Zweifel über die Richtigkeit des Verständnisses entdeckten individuellen Meinungen als unabänderliche Gesetze in Anwendung zu bringen, so sehr sich auch unser nationales Rechtsgefühl und unsere nationale Denkweise dagegen sträuben und empören mochten.

Auch die unläugbar ausgezeichnete Redaction des Code civil, seine Präcision im Ausdruck und seine Reinheit von Widersprüchen muß als ein Vorzug aufgeführt werden, welcher Vieles zu seiner Empfehlung beigetragen hat. Wir wollen jedoch bei diesem Punkte, als etwas Allbekanntem, nicht verweilen, sondern sogleich ein Verhältniß berühren, welches bisher weniger, ja, man darf vielleicht sagen, nicht oder doch nicht genügend beachtet, und vielleicht selbst in den deutschen Ländern, in welchen der Code Gültigkeit hat, bisher mehr gefühlt als erkannt worden ist, nichts desto weniger aber, wenn gleich vielleicht unbemerkt, Vieles, wo nicht das Meiste beigetragen hat, ihm Anhänglichkeit zu verschaffen — nämlich die große Verwandtschaft vieler Bestimmungen des Code mit unserem nationalen deutschen Rechte selbst. Der Code liefert einen sprechenden Beweis dafür, daß in dem nationalen Rechte der Völker gewisse unzerstörliche Grundansichten über ihre socialen Verhältnisse enthalten sind, — eine gleichsam angeborne Philosophie, welche mit dem Volke überall hinwandert, die sich bei ihm überall wieder findet, wohin es auch durch die Fügungen der Vorsehung von seinen ursprünglichen Wohnsitzen hinweggeführt und verpflanzt worden seyn mag — eine Philosophie, welche selbst die Amalgamation mit anderen Völkern nur modificieren, nie aber, so lange nicht das Volk selbst ausgestorben ist, völlig ersticken kann. Man darf ungescheut behaupten, wenn auch alle anderen historischen Zeugnisse verloren

Digitized by Google

wären, so würde doch die Verwandtschaft der Völker mit Sicherheit aus ihren Rechten entdeckt und erkannt werden können. Die nationale Aufregung des deutschen Volkes gegen Frankreich in jenen Jahren, in welchen das französische Civilgesetzbuch angefangen hatte, nach Deutschland verpflanzt zu werden, insbesondere der Umstand, daß es seiner äußeren Gestalt nach als Gesetzbuch einer auswärtigen, nach der Oberherrschaft in Deutschland strebenden Nation erschien und von dem Protektor des Rheinbundes den deutschen Völkern gleichsam aufgedrungen werden wollte, sodann aber auch die im Allgemeinen in Deutschland selbst in der damaligen Zeit noch keineswegs genügend verbreitete Einsicht in das Wesen, und die obersten nationalen Prinzipien des deutschen Rechtes und das noch absolute Uebergewicht des römischen Elementes in der deutschen Rechtspflege am Anfange dieses Jahrhunderts, wodurch es geschah, daß fast nur Romanisten als Stimmführer in den Angelegenheiten der Gesetzgebung auftraten; — dieß Alles zusammengenommen, waren Gründe genug vorhanden, um die wirkliche Verwandtschaft einer großen Reihe von Bestimmungen des Code civil mit dem deutschen Rechte völlig verkennen zu lassen. Man wähnte, indem man den Code anfeindete, das einheimische Recht gegen das fremde zu vertheidigen, und doch war es nur selbst ein fremdes, eingedrungenes, das dem Volke sogar schon längst überlästige römische Recht, welches man auf diese Weise, sich selbst über die Natur des Kampfes täuschend, in Schutz nahm. Man bemerkte nicht, daß die Rechtsbildung in Frankreich bis zur Abfassung des Code civil fast ganz denselben Gang genommen hatte, wie in Deutschland; man übersah, daß in Frankreich gerade in derselben Zeit, durch dieselben Jahrhunderte hindurch, germanisches (fränkisches) und römisches Recht um den Vorrang gekämpft, und sich wechselweise durchdrungen hatten, wie in Deutschland. Man war unfähig, zu erkennen, daß der Code civil in einer großen Reihe von Materien den Sieg des germanischen Elementes in der Rechtsbildung über das römische proclamiert hatte, ja ich möchte fast sagen, man erschrack in Deutschland, übermäßig an römische Rechtsbegriffe gewöhnt, vor den eigenen Instituten des germanischen Rechtes, als sie der Code plötzlich in Gesetzesform darstellte, und auch dem germanischen Rechte eine Stelle auf dem Altar anwies, wo man bisher allein dem römischen Rechte geopfert hatte. Es fehlte sogar nicht viel, daß nicht unsere

Digitized by Google

eigenen deutschen Rechtsinstitute selbst als revolutionär verschrieen worden wären, weil sie vor uns in einem fremden Gewande und in einer allerdings mitunter sonderbaren Vermischung mit den Lieblingsideen der französischen Revolution auftraten. Allein jene Zeiten, wo diese Selbsttäuschung über das eigene nationale Recht möglich, ja unvermeidlich war, sind vorüber. Wir können jetzt, ohne unserem Nationalgefühle zu nahe zu treten, das Gute im französischen Rechte anerkennen: wir dürfen es um so mehr, als wir es als germanisches Recht vindiciren, als wir behaupten können, daß die französische Nation, eine Tochter Germaniens, von ihrem Mutterlande großen Theiles das Recht empfieng, welches sie uns in der Form eines Gesetzbuches zurückgab; wir dürfen es endlich um so mehr, als nicht mehr die Rede davon ist, daß Frankreich dem deutschen Volke ein Recht aufdringen wolle, sondern nur die Benützung der Leistungen Frankreichs im Gebiete der Legislation in Frage steht.

Die unmittelbaren Quellen, woraus der Code civil seine Bestimmungen schöpfte, sind bekanntlich die Schriften der französischen Juristen, wie Pothier u. A., welche das römische Recht auf ähnliche Weise, wie die deutschen Juristen in dem vorigen Jahrhunderte behandelten, d. h. überall auf seine Modificationen durch die Praxis und Landesgewohnheiten Rücksicht nahmen, und also nicht sowohl ein römisches Recht, als vielmehr nur einen usus modernus desselben darstellten. Neben diesen den Bedürfnissen der Praxis angepaßten Schriften über das römische Recht dienten als unmittelbare Quelle die Coutumes, namentlich die von Paris, besonders in der Lehre vom Intestaterbrecht, von den ehelichen Güterrechten und den gesetzlichen Baudienstbarkeiten, ferner die älteren königlichen Ordonnanzen in der Lehre von den Acten des bürgerlichen Standes, von den Schenkungen und Testamenten, überhaupt hinsichtlich des Formenwesens, womit das französische Recht theilweise überladen ist. Endlich gehören auch noch hieher einige Gesetze aus der Revolutionszeit, welche besonders in der Lehre von der Ehe, der älterlichen Gewalt und im Hypothekenwesen von Einfluß waren. Vergleichen wir das Verhältniß dieser unmittelbaren Quellen des Code civil zu einander, so kann uns nicht entgehen, daß römisches Recht und Gewohnheitsrecht seine Hauptbestandtheile ausmachen; unter Gewohnheitsrecht sind aber nicht gerade jene einzelnen, verhältnißmäßig weniger zahlreichen Bestimmungen zu verstehen, welche un-

Digitized by Google

mittelbar aus den Coutumes herübergetragen worden sind, als vielmehr und hauptsächlich jene Rechtsansichten, welche in den Schriften der französischen Juristen als Modificationen und usus modernus des römischen Rechts vorgetragen worden waren. Dieser usus modernus ist es, in welchem neben den Coutumes die Spuren der Verwandtschaft des französischen mit dem deutschen Rechte gesucht werden müssen: er ist es, welcher neben den Coutumes selbst das unwiderlegliche Zeugniß dafür giebt, daß sich auch in Gallien eine große Anzahl germanischer Rechtsinstitute seit den Zeiten der fränkischen Occupation in ungeschwächter Kraft und Blüthe erhalten hat. Wir wollen nunmehr versuchen in gedrängter Darstellung eine Übersicht jener Rechtsbestimmungen des Code civil zu geben, in welchen das germanische Rechtselement unverkennbar hervortritt, wobei wir im Allgemeinen der Ordnung der Materien in dem Code selbst folgen werden.

So unverkennbar der Code civil das Gepräge der neueren Zeit an sich trägt, und sowohl die Einwirkung der römischen Rechtswissenschaft als auch der Rechtsphilosophie des XVIII. Jahrhunderts, namentlich der Revolutionszeit, darin deutlich hervortritt, so zeigt der Code nichts desto weniger merkwürdiger Weise in manchen Beziehungen denselben Character, welcher den mittelalterlichen deutschen Rechtsbüchern überhaupt eigen ist. Mit diesen hat nämlich der Code das gemein, daß er weder die allgemeinen Lehren, noch das Obligationenrecht geistvoll oder umfassend ausführt, sondern hier eben so das Meiste dem Ermessen des Richters anheimstellt, wie es in dem germanischen Mittelalter der gesunden Vernunft und dem Billigkeitsgefühle der Schöffen überlassen war. Das Wenige, was der Code in diesen Materien enthält, ist in der Hauptsache dem römischen Rechte entlehnt, welches hierin als vollkommen logisch entwickelt, auf absolute Gültigkeit Anspruch zu machen schien, und gerade so ist auch in Deutschland von jeher das römische Recht zur Ausfüllung des allgemeinen Theiles der Jurisprudenz und des Obligationenrechtes herbeigezogen worden. Ferner ist in dem Code civil das Klagensystem, welches den Glanzpunct der römischen Jurisprudenz bildet, eben so, wie in den germanischen Rechtsbüchern des Mittelalters, fast völlig unentwickelt geblieben, ja sogar wenige einzelne beiläufige Andeutungen, wie z. B. bei der Lehre von der Vindication der Mobilien, abgerechnet, ganz mit Stillschweigen über-

Digitized by Google

gangen. Mancher gerechte Tadel, welcher den Code trifft, hat seinen Grund in dieser Vernachlässigung des Klagensystems, und dieser Mangel macht sich bei einzelnen, besonders practischen Materien mitunter sehr auffallend empfindlich, wie z. B. der Mangel einer festen Scheidung der rei vindicatio, actio Publiciana und der possessorischen Rechtsmittel. Allein gerade diese Vernachlässigung des Klagensystems ist allen germanischen Rechtsbüchern eigen und findet sich selbst im canonischen Rechte, welches zuerst anfing, römische und deutsche Rechtssätze in der Praxis zu verbinden, und durch sein im cap. 6. X. de judiciis u. a. O. offen ausgesprochenes Streben, das römische Klagensystem von der ihm noch theilweise anklebenden altcivilistischen Steifheit zu befreien, diese Geringschätzung und Nichtbeachtung des wichtigsten Rechtsinstitutes, in welchem sich offenbar das gesammte Civilrecht concentrirt, zu empfehlen und zu sanctioniren schien.

So wie im Allgemeinen, so zeigt der Code civil auch im Besondern, und zwar noch in weit höherem Grade, den Character eines germanischen Rechts. Hieher dürfen wir

I. vor Allem den Grundsatz rechnen (art. 3), daß die Statuta realia (les lois concernant les immeubles) den Statutis personalibus unbedingt vorgehen. Desgleichen bestimmt der Sachsenspiegel (Ed. Homeyer) I. 30. „Erbe nimmt man nach des Landes Recht, und nicht nach des Mannes Recht."

II. Deutschrechtlich ist sodann der Vorzug, welcher dem Inländer vor dem Ausländer hinsichtlich des Genusses der bürgerlichen Rechte (droits civils) eingeräumt ist. (Code civil art. 11.) Gerade so, wie der Code civil art. 726 u. art. 912 in Folge des im art. 11 aufgestellten Prinzipes den Fremden für erbunfähig erklärt, so wurde auch in dem deutschen Rechte der Fremde von der Erbschaft ausgeschlossen. Die Art. 726 u. 912, so wie der Art. 980 sind nichts anderes, als Ausflüsse desselben Rechtes, welches in Deutschland unter dem Namen Fremdlingsrecht, Albans-Recht, jus albinagii, in Frankreich aber vor der Abfassung des Code unter dem Namen droit d'aubain bekannt und in Übung war.

III. Nicht minder ist der Grundsatz (art. 204) „Ne dote, qui ne veut" altgermanisch. Auch unsere Rechtsbücher in Deutschland kennen vor der Einführung des römischen Rechtes keine Rechtspflicht des Vaters, eine Tochter auszusteuern; und wenn die Aeltern, wie

Digitized by Google

gewöhnlich, es aus Liebe und freiem Antrieb thaten, so galt die Mitgabe als eine Abfindung der Tochter von ihrer künftigen Erbportion (avancement d'hoirie). — Vgl. Sachsenspiegel I. 5. §. 2.

IV. Wie in dem reinen deutschen Rechte, so ist auch in dem Code das Rechtsverhältniß des Mannes zu seiner Ehefrau auf den Begriff des ehelichen Mundiums gebaut (art. 213). „Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari." — Schwabenspiegel (Ed. Laßberg) cap. 9. „Der Mann ist seines Weibes Vogt und Meister". Vergl. Sachsenspiegel I. 45. §. 1. III. 45. §. 3. — Ferner Code civil (art. 215): „La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari". Sachsenspiegel I. 46. „Magd und Weib müssen aber Vormünder haben zu jeder Klage etc." (Außerdem sind ihre gerichtlichen Erklärungen nichtig und unverbindlich). Sachsenspiegel I. 45. „Ist ein Man seinem Weibe nicht ebenbürtig, er ist doch ihr Vormund". — Desgleichen Code civil art. 217. „La femme ne peut donner, aliéner, hypothequer etc. sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par ecrit". Sachsenspiegel I. 45. §. 2. „Ein Weib mag auch ohne ihres Mannes Gelof nicht ihres Gutes vergeben (verschenken), oder Eigen verkaufen, oder Leibzucht auflassen (verzichten), durch dass (weil) er mit ihr in den Geweren sitzt". — Ebendas. I. 31. §. 2. „Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er in seine Gewere all ihr Gut zu rechter Vormundschaft". Vergl. ebendas. I. 31. §. 1. a. E.

V. Als germanisch dürfen wir auch die Grundsätze ansprechen, welche der Code über die älterliche Gewalt aufstellet. Wenn gleichwohl diese Grundsätze, insoweit sie von dem römischen Rechte abweichen, zum Theile erst durch die Gesetze der Revolutionszeit in positiven Formen ausgesprochen worden sind, so liegt darin ein nur um so schlagenderer Beweis für unsere Behauptung von der Unzerstörbarkeit des Nationalcharacters: es liegt darin die Bestätigung, daß ein Volk, selbst nach Jahrhunderte langer Unterdrückung seiner nationalen Vorstellungsweise über gewiße sociale Verhältnisse in demselben Augenblicke wieder zu derselben zurückkehrt, wo die künstliche Beschränkung derselben, aus was immer für einem Grunde, hinweggefallen ist. Die puissance paternelle des Code civil ist nicht dasselbe, was die patria potestas des römischen Rechtes ist. Sie ist nicht, wie diese, ein selbstsüchtiges und despotisches Recht des pater

familias, welches den Sohn selbst nach erlangter Volljährigkeit in einer fast sclavischen Abhängigkeit gegen den Vater zurückhält: sie ist vielmehr nichts Anderes, als das älterliche Mundium des deutschen Rechtes, welches sich als ein auf die Moral, auf die natürliche Pietät und auf die natürlichen Pflichten der Aeltern gegründetes Schutzrecht (Mundium) der minderjährigen Kinder darstellt. Darum ist auch die puissance paternelle des französischen Rechtes gerade so, wie es in Deutschland von jeher in Bezug auf die älterliche Gewalt (gegen das römische Recht) behauptet worden ist, an sich betrachtet, ein Recht beider Aeltern, wenn gleich dem Vater hinsichtlich der Ausübung einiger Vorzug vor der Mutter eingeräumt ist (Art. 373. 384). Das Nutzungsrecht an dem Vermögen des Kindes, welches das römische Recht ausschließlich dem Vater zuerkennt, stehet daher nach dem Code civil nach dessen Tode auch der Mutter zu (art. 384), wie dieß auch in vielen deutschen Statutarrechten ausgesprochen ist, und als eine consequente Wirkung des an die Mutter nach dem Tode des Vaters allein übergegangenen, auf ihr gleichsam concentrirten Mundiums, resp. der Pflicht, die Kinder zu schützen, zu erhalten und zu erziehen erscheint. Als eine auf das Schutzbedürfniß der Kinder gegründete Gewalt endigt die puissance paternelle wenigstens in ihren hauptsächlichsten Wirkungen mit der Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung des Kindes (art. 372), und letztere vertritt im französischen Rechte gerade so die Stelle der römischen Emancipation, deren Name an sie übergegangen ist (art. 476 u. f.), wie auch in Deutschland die dem volljährigen Kinde verstattete Absonderung von seinen Aeltern durch Begründung eines eigenen Haushaltes (oeconomia separata) als eine Emancipatio juris Germanici bezeichnet, und in dem usus modernus des römischen Rechtes als eine practische Erweiterung desselben durch das einheimische Recht aufgezählt wird. Wie im deutschen Rechte, so fehlet auch im Code der im römischen Rechte durchgreifende Unterschied von impubes und minor, und selbst der im Code (art. 388) aufgestellte Volljährigkeitstermin entspricht genau dem ursprünglichen Rechte in den nördlichen Gegenden von Deutschland. Vergl. Sachsenspiegel I. 42.

VI. Germanisch ist auch der Grundsatz: „L'enfant naturel n'a point de famille", in Folge dessen sogar die wenigen und beschränkten Rechte, welche das uneheliche Kind überhaupt an seinem Vater

Digitized by Google

oder an seiner Mutter gewinnen kann, durch die förmliche Anerkennung von Seite derselben bedingt sind (art. 336 u. f.). — Auf ähnliche Weise ist nach dem Sachsenspiegel I. 38. ein uneheliches Kind rechtlos und daher erbunfähig, so wie es auch umgekehrt von keinem ehelichen Verwandten seines Vaters oder seiner Mutter beerbt werden kann. Sachsenspiegel I. 51. §. 1. a. E. Vergl. Schwabenspiegel cap. 41. — Ein uneheliches Kind konnte auch nach deutschem Recht nur das gültig besitzen, was ihm sein Vater unter Lebenden geschenkt hatte. Testamentarische Verfügungen zu Gunsten eines unehelichen Kindes konnten von seinen andern ehelichen Kindern stets umgestoßen werden. Schwabenspiegel cap. 377. I. So wie der Code (art. 335 u. 762) die in einer Blutschande oder im Ehebruch erzeugten Kinder härter als die übrigen unehelichen Kinder behandelt, und ihre Anerkennung durchaus untersagt, und ihnen nur Alimente zu geben erlaubt, so galten auch in Deutschland diese Kinder für unfähig, von ihrem Vater selbst durch eine Schenkung unter Lebenden etwas mit rechtlicher Wirkung zu erwerben. Schwabenspiegel cap. 377. I.

VII. So wenig in dem Code civil das Klagensystem entwickelt und ausgebildet ist, so wenig er sich auf eine dogmatische Scheidung der verschiedenen Arten der Klagen und der dadurch bedingten Rechte einläßt, so wird man bei einiger Aufmerksamkeit doch nicht verfehlen können, einen obersten Eintheilungsgrund der Rechte und der Klagen zu entdecken, welcher durch sämmtliche Materien des Code hindurchläuft, wenn er gleichwohl nur im Sachenrechte etwas deutlicher ausgesprochen ist. Dieser Grundgedanke, dieß Prinzip und Kriterium für die Bestimmung des Umfanges und der Wirksamkeit der einzelnen Klagen und Rechte, ist nicht die römische Unterscheidung von jus in rem und jus in personam, sondern die germanische Unterscheidung von Immobiliar-Rechten und Mobiliar-Rechten — eine Unterscheidung, welche in Deutschland selbst vor dem Übergewichte der römischen Juristenschule vielfach in den Hintergrund getreten ist, aber nichts desto weniger von jedem Kenner des deutschen Rechtes als seine innerste, eigenthümlichste und die allein germanisch-nationale Anschauungsweise der Natur der Rechte und Klagen erkannt wird. Keinem Rechte, bei welchem Volke es sich auch bilde, kann der Unterschied zwischen allgemein (contra quemcunque) und nur gegen speciell verpflichtete Personen wirkenden Rechten fremd

Digitized by Google

bleiben. Allein dieser Unterschied läßt sich entweder rein subjectiv auffassen und ausbilden, so daß die Natur des Objectes des Rechtes oder der Leistung ganz außer Frage bleibt, wie z. B. das römische Recht gethan hat — oder jene Unterscheidung wird mehr objectiv und sinnlich aufgefaßt, und der Umfang der Wirkung eines Rechtes mit der Eigenschaft seines Gegenstandes als einer beweglichen oder unbeweglichen Sache in Beziehung und Abhängigkeit gebracht. Dieß ist die characteristische Auffassungsweise des Rechtes und der Klagen im deutschen Rechte; es ist jene Auffassungsweise, welche man als eine mütterliche Mitgift noch deutlich in den Rechten aller jener Nationen findet, welche sich von dem Schooße der großen Völkermutter Germanien losgerissen, und sich neue Sitze, sei es auf den Trümmern der römischen Monarchie, oder auf dem freien Boden Nordamerika's gegründet haben. Unverkennbar treffen das System der Immobiliar- und Mobiliar-Rechte und die Unterscheidung von jus in rem und jus in personam in manchen Wirkungen zusammen; doch bleiben zwischen beiden Eintheilungsweisen noch mancherlei specifische und namentlich practisch äußerst wichtige und durchgreifende Verschiedenheiten, welche hier im Einzelnen zu verfolgen, uns zu weit von unserer gegenwärtigen Aufgabe entfernen würde. Wir wollen daher, um nur eine kurze Andeutung dieser Verschiedenheiten zu geben, alles in einen Satz zusammenzudrängen versuchen, und damit zugleich das Kriterium des wesentlichen Unterschiedes zwischen beiden Systemen aussprechen: „Jedes jus in personam ist, von dem Standpuncte des germanischen Rechts aus betrachtet, auch ein Mobiliarrecht; aber nicht jedes jus in rem ist ein Immobiliarrecht im Sinne des deutschen Rechtes; und umgekehrt ist auch nicht jedes deutsche Immobiliarrecht (wie z. B. die Retracts-, Zehent-, Zins-, Frohn- und Bannrechte) ein jus in rem nach römischen Begriffen." Dem Code civil liegt durchaus die germanische Unterscheidung von Immobiliar-Rechten und Immobiliar-Klagen, und Mobiliar-Rechten und Mobiliar-Klagen, sowohl der Terminologie *) nach (actions

*) Dem romanistisch gebildeten Ohre mag freilich, wo der Kopf nie deutsch denken gelernt hat, diese Terminologie barbarisch klingen. Derjenige aber, der weiß, daß der Begriff der Dinglichkeit im deutschen Rechte ein anderer ist, als im römischen Rechte, der wird sie als sehr bezeichnend erkennen.

Digitized by Google

mobilières et immobilières), als auch der Wirkung nach zu Grunde (z. B. art. 526. 529. 543 u. a.). — Nur ein einziges Mal gebraucht der Code (art. 2114) das Wort „droit réel“ in der Bedeutung von jus in rem, nämlich da, wo er den Begriff der Hypothek, eines bekanntermaßen ursprünglich aus dem römischen Rechte stammenden, dem germanischen Rechte an sich fremden Institutes aufstellet, und selbst hier mit einem Beisatze *), welcher anzeigt, daß auch dieses dem römischen Rechte abgeborgte jus in rem nur in der Bedeutung und in den Gränzen eines deutschen Immobiliar-Rechtes zur practischen Anwendung kommen soll, wonach also jene erste Bezeichnung der Hypothek als droit réel sich sofort wieder als etwas Ueberflüssiges und practisch Bedeutungsloses darstellt.

**VIII.** Auch die Grundbegriffe des französischen Intestat-Erbrechtes wurzeln unverkennbar auf dem Boden des germanischen Rechtes. So wie in den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters das Wort „Erbe, rechter Erbe“ nur den gesetzlichen Erben bezeichnet, so begreift das Wort héritier im französischen Rechte nur jene Personen, welche durch das Gesetz zur regelmäßigen Erbfolge berufen sind. So wie im alten deutschen Rechte der oberste Grundsatz des Erbrechtes in Bezug auf die rechten Erben durch die Parömie ausgedrückt wurde: „der Todte erbet den Lebendigen“, so ruhet noch im französischen Rechte das Erbrecht der héritiers auf der gleichbedeutenden Parömie: „Le mort saisit le vif“ (art. 724). — So wie der deutsche rechte Erbe ein Fallrecht **) an dem Vermögen des Erblassers hat, d. h. die Erbschaft nicht erst zu erwerben und anzutreten braucht, sondern diese ipso jure ihm anfällt und gleichsam an ihn tritt, so hat auch der héritier dieses Fallrecht (saisine) mit derselben Wirkung (il est saisi de plein droits des biens, droits et actions du defunt art. 724). — So wie das alte deutsche Recht (im Gegensatze des römischen) keinen Pflichttheil

---

*) Art. 2114. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

**) Man verwechsle dieses Fallrecht der rechten Erben (der Descendenten) nicht mit dem in ganz anderen Beziehungen vorkommenden, von Vielen, jedoch irrig, auch Fallrecht genanntem Rückfallsrecht der Seitenverwandten. Vergl. über diesen Unterschied mein Werk: das alte Bamberger Recht. Heidelb. 1839. S. 210 u. f.

Digitized by Google

kennt, welchen der Erblasser schuldig wäre, seinen Kindern zu hinterlassen, sondern wie die Rechtsbücher vielmehr nur umgekehrt bestimmen, über welche Theile des Vermögens der Erblasser unter gewissen Verhältnissen, des Vorhandenseins von Kindern ungeachtet, zu Gunsten Dritter verfügen mag, so bestimmt auch das französische Recht zum Vortheile gewisser héritiers nur die Größe der portion disponible (art. 913), und giebt also diesen bevorzugten, sehr uneigentlich bei uns als Notherben bezeichneten héritiers in Bezug auf das übrige, nicht disponible Vermögen außer dem oben gedachten Fallrecht (saisine) gerade jenes Wartrecht (jus devolutionis, Verfangenschaftsrecht), welches den Erben des deutschen Rechtes vorzugsweise auszeichnet *).

*) Es ist ein großer aber sehr häufiger Fehler, wenn man in Bezug auf das Recht des deutschen rechten Erben (der Descendenten), Fall und Wart nicht unterscheidet, sondern meistens nur von einem Wartrecht derselben spricht. Beide Begriffe sind streng geschieden, obgleich immer beide Rechte den rechten Erben zukommen. Fall bezeichnet den unmittelbaren (ipso jure) Uebergang der Erbschaft an den rechten Erben, so daß er keiner aditio bedarf, gerade so wie im römischen Rechte der suus heres. — Wart bezeichnet dagegen das jus quaesitum des Erben auf das Erbe, in Folge dessen der Erblasser nicht zu seinem Nachtheile darüber verfügen kann. Wart ist daher in einem erweiterten Sinne das, was das Pflichttheilsrecht im römischen Recht ist, oder vielmehr, das römische Pflichttheilsrecht ist nur ein engherziges Surrogat von dem, was das deutsche Wartrecht ist. — Die Abweichung des Code civil von dem reinen deutschen Rechte bestehet aber eben darin, daß in Deutschland der Erbe oder rechte Erbe immer beide Rechte, Fall und Wart, zugleich hatte, und es also keine Erben giebt, welche nur das eine von diesen Rechten gehabt hätten. Der Code unterscheidet aber héretiérs, welche nur das eine von diesen Rechten (Fall, saisine) allein haben, wie die Seitenverwandten, und solche, welche Fall und Wart (saisine und Pflichttheilsrecht) haben, wie Descendenten und Ascendenten (art. 913. 915. 916.). — Die Einwirkung von Begriffen aus dem römischen Notherbenrecht auf die Darstellung des Code ist unverkennbar, und gerade hierdurch sind auch mancherlei Schwierigkeiten in dieser Lehre entstanden.

Digitized by Google

Man hatte schon früher die Bemerkung gemacht *), daß das Erbrecht der héritiers auf einem Grundsatze des altdeutschen Rechtes, dem sog. (eventuellen) Gesammteigenthum der Familie beruhe, und diese Bemerkung darf als völlig richtig gebilliget werden, wenn man nur sich darüber deutlich macht, daß das angebliche, von den Feudisten der vergangenen zwei Jahrhunderte erfundene Gesammteigenthum seinem juristischen Wesen nach eben nichts anderes ist, als das oben erwähnte Wart- und Fallrecht, und sich in dieses auflöst, daher denn auch das Wart- und Fallrecht gar nicht, wie mitunter noch Einige glauben, Consequenzen eines unter dem Namen Gesammteigenthum fingierten Principes des deutschen Erbrechtes, sondern vielmehr dieses Princip selbst sind, und in dem jus sanguinis, der ursprünglichen Quelle alles Erbrechtes, unmittelbar wurzeln. — Wenn sodann der Code alle Enterbungen abschneidet, und nur Gründe der Unwürdigkeit aufstellet, aus welchen der Erbe durch das Gesetz selbst (ipso jure) von der Erbschaft ausgeschlossen wird (art. 727), so kann man darin nicht, wie früher aus Unkenntniß des historischen Rechtes behauptet worden ist, einen revolutionären Angriff auf das Wesen der väterlichen Gewalt, sondern man kann darin nur eine glückliche Rückkehr zu einem Grundsatze des alten deutschen Rechtes erkennen, welches ebenfalls keine Enterbung kannte, aber den Erben, welcher ein Verbrechen an dem Erblasser begangen hatte (die sog. blutige Hand) ipso jure von der Erbschaft ausschloß. Sachsenspiegel III. 84. §. 1 und 3. — Ueberdieß muß man dem Code noch besonders Dank dafür wissen, daß er somit die verworrenste und schwierigste Lehre im römischen Recht, nämlich die von der Enterbung und der Anfechtung der Testamente durch die Notherben gänzlich beseitigt und entbehrlich gemacht hat.

Obgleich die Klassen der Intestaterbfolge in dem Code civil deutliche Spuren von römischem mit dem frankogermanischen im Kampfe liegenden Rechte tragen, so finden sich doch auch hier einige Bestimmungen, welche noch deutlich genug ihren deutschen Ursprung verrathen. Hieher gehört die Anordnung einer Erbfolge der Ascendenten und der Seitenverwandten in zwei Linien (väterliche und mütterliche Linie), deren jeder eine Hälfte der Verlassenschaft zufällt (art. 733). Diese Vorschrift erinnert an ähnliche Bestim-

*) Zachariä Handbuch des franzöſ. Civil-R. Thl. IV. §. 589.

Digitized by Google

mungen in den deutschen Stadtrechten seit dem XIV. Jahrhundert, wodurch man das alte ursprünglich nur auf Immobiliar-Erbschaften berechnete Rückfallsrecht (jus revolutionis), oder das Princip der altdeutschen Ascendentenfolge und Erbfolge der Seitenverwandten — paterna paternis, materna maternis — auf eine dem erweiterten Verkehr und größerem Erwerb entsprechende Weise zu modificieren gesucht hatte, und ein erwünschtes Auskunftsmittel in der gleichen Theilung der Hinterlassenschaft zwischen der väterlichen und der mütterlichen Linie erkannte, um die oft schwierige Auseinandersetzung nach den alten Regeln des Rückfallsrechtes zu vermeiden. — Sogar von dem Retractus gentilitius und der Erblosung findet sich noch eine kleine Spur im art. 841, indem darin den Miterben erlaubt wird, jeden Käufer eines Erbtheiles, welcher nicht selbst zu den ursprünglichen Miterben gehört, durch Erstattung des Preises von der Theilung zu entfernen. — Ebenfalls eine Rückkehr zu dem altgermanischen und überdieß zugleich zum natürlichen Rechte muß es genannt werden, wenn der Code den ganzen Begriff und das Wesen des römischen Testamentes abstreift, und auch ohne heredis institutio unter jeder beliebigen Benennung jede Art von Vermächtniß als eine Unterart der Schenkung für gültig erklärt, den Universalvermächtnißnehmer daher ebenfalls nur als Légataire bezeichnet, und bei Vermächtnissen, welche die portion disponible überschreiten, nur eine einfache Herabsetzung, nicht aber Nichtigkeit der ganzen Verfügung eintreten läßt, wodurch — abgesehen von den besonders bestimmten Formen — gleichsam das römische Testamentum militis zum gemeinrechtlichen Testamente im französischen Rechte erhoben, und überhaupt eine große Vereinfachung in dieser, im römischen Rechte so schwierigen Materie bewirkt worden ist. — Endlich kann man auch in den Bestimmungen über die Testamentsexecutoren die Verwandschaft derselben mit der alten deutschen manus fidelis, den Treuhändern, deutlich erkennen, und namentlich scheint die Bestimmung des Art. 1026, daß die Saisine, welche der Erblasser dem Testamentsexecutor geben kann, nicht länger als Jahr und Tag — die altgermanische Verjährungsfrist — dauern kann, diese Bemerkung zu bestätigen.

IX. Rein germanisch in ihren Principien, und überdieß eine treffliche und consequente Entwickelung des alten deutschen ehelichen Mundiums-Systemes ist die in dem Code als das gesetzliche Gü-

Digitized by Google

tersystem unter Ehegatten aufgestellte particuläre Gütergemeinschaft (art. 1400 u. folg.). — Würde dieser Abschnitt des Code civil zuerst als Bestandtheil eines deutschen Gesetzbuches publicirt worden seyn, so würde man Mühe haben, sich zu überreden, daß die hier einschlägigen Verhältnisse außerhalb Deutschland auf diese Weise bestimmt werden könnten, und man würde gewiß nicht ermangeln, diese Lehre als eine aus der innersten Natur des deutschen Rechtes geschöpften und mit der klarsten Einsicht in dieselbe ausgearbeiteten Inbegriff gesetzlicher Bestimmungen — einzelner Mängel im Detail ungeachtet — rühmend anzuerkennen. So aber müssen wir in Deutschland selbst dem Code civil das Verdienst zuerkennen, an die Stelle des uns als gemeines Recht in der Zeit einer juristischen Barbarei aufgedrungenen römischen Dotalsystems ein ächt germanisches Gütersystem als das gesetzliche gestellt zu haben.

X. Zuletzt wollen wir nur noch auf die Verwandtschaft der Grundbegriffe des deutschen Rechtes und des Code civil in Bezug auf Besitz und die Vindication der Mobilien hinweisen. Die Lehre vom Besitze ist zwar im Code so gut, wie ganz übergangen *), und das Wenige, was das neuere französische Recht darüber enthält, muß aus dem Code de procedure art. 23. u. f. herübergenommen werden. Nichts desto weniger genügen selbst diese mageren Andeutungen, um uns auch hier die Fortwirkung des deutschen Rechtes bemerken zu lassen, indem nämlich nach dem französischen Rechte ein eigentlicher Besitzproceß nur zum Schutze des Besitzes an Immobilien statthaft ist, und nur derjenige auf den Schutz der Gesetze im Besitzprocesse Anspruch hat, welcher vor der Störung wenigstens schon ein Jahr im ruhigen Besitze war. Sodann kann man auch den Grundbegriff der deutschen Gewehre noch in der französischen Saisine erkennen: jedoch tritt dieser Begriff nur noch im Erbrecht besonders hervor (s. Nr. VIII). Deutlicher aber tritt uns das deutsche Recht wieder entgegen in dem Art. 2279, worin der Grundsatz ausgesprochen wird: „En fait des meubles la possession vaut titre." (Vergl. auch Art. 1171). Hierdurch ist die Vindication bei den Mobilien in der Regel ausgeschlossen, und nur noch ausnahmsweise in Bezug auf verlorne, geraubte und gestohlene Sa-

*) Nur einmal erwähnt der Code beiläufig eine Besitzklage, la réintégrande, art. 2060.



Digitized by Google

chen *) verstattet. Wo also Jemand eine Sache durch Betrug oder Unfähigkeit seines Contrahenten, z. B. seines Depositars, Commodatars u. s. w. verlor, kann er sich nur an diesen allein mit einer Entschädigungsklage halten, nicht aber die Sache selbst von einem dritten Besitzer zurückfordern (art. 1926). Es gilt also in diesem Falle nach dem Code civil, wie im ältern deutschen Rechte, die Parömie: „Wo man seinen Glauben verloren hat, da muß man ihn suchen." (Sachsenspiegel II. 60). — Diese Grundsätze, welche nach dem Zeugnisse der Rechtsbücher des XIII. und XIV. Jahrhunderts durch ganz Deutschland als praktisches Recht galten, wurden bei uns durch das überwiegende Ansehen des römischen Rechtes in den Hintergrund gedrängt, und denselben kaum noch in einzelnen Lokalstatuten ein kümmerliches Dasein verstattet. Somit hat auch in dieser Lehre der Code civil auf fremdem Boden das germanische Recht wieder in seine Rechte eingesetzt, während es im Mutterlande selbst noch vergeblich auf seine Widerbelebung und Berufung zu neuer praktischer Gültigkeit harret.

Hiermit will ich die Vergleichungen zwischen dem Code civil und dem deutschen Rechte schließen. Ich glaube mich keiner ganz unfruchtbaren Mühe unterzogen zu haben, wenn es mir gelungen ist, — wenn auch nicht die häufig einseitigen Urtheile über den Code civil zu berichtigen, doch für seine Würdigung einen neuen Standpunkt zu eröffnen, und zu zeigen, daß der Code sicher nicht viel weniger Anspruch darauf hat, als ein germanisches Rechtsbuch zu gelten, als irgend ein anderes in Deutschland selbst entstandenes Gesetzbuch, und daß in Frankreich, wohin das deutsche Recht von den Franken als Siegern mit dem Schwerdte gebracht worden war, sich in nicht wenigen Instituten die germanischen Rechtsideen rein und lebenskräftig erhalten haben, während sie in Deutschland selbst theilweise abgestorben und, in einer allzugroßen Ueberschätzung des Fremdländischen, dem römischen Rechte und dem Despotismus einer einseitigen Schule aufgeopfert worden sind.

*) Art. 2279. „Néanmoins celui qui a perdu, ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, contre celui dans les mains duquel il la trouve." — Vgl. Freiburger Stadtrecht v. J. 1120. „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam repetere vel sibi vindicare audeat, nisi juramento probaverit eam sibi furto vel praeda fuisse sublatam. Sachsensp. II. 36.

Digitized by Google

Es kann dieser meiner Ueberzeugung gemäß auch nicht meine Absicht seyn, als Lobredner des Code civil aufzutreten, und etwa vielleicht sogar seine weitere Einführung in Deutschland zu empfehlen. Ich täusche mich so wenig über seine Mängel, als einer seiner erklärtesten Gegner, wenn ich seinen Vorzügen gerechte Anerkennung zolle, und ich fürchte nicht, daß Deutschland in seinen weiten Gauen je Mangel fühlen werde an Männern von gereifter Erfahrung, von Talent und Wissenschaftlichkeit, deren Händen die Schöpfung einer umfassenden, in Form und Inhalt nationalen Legislation mit gerechtem Vertrauen und sicherem Erfolge übertragen werden könnte, — einer Legislation, deren Bedürfniß von Moment zu Moment um so dringender empfunden werden muß, je enger sich die Bande knüpfen werden, mit welchen der deutsche Zollverein die einzelnen Staaten umschlingt. Wo gemeinsame Interessen der Bevölkerungen von den Regierungen selbst angefacht und genährt werden, ist ein gemeines Recht nicht lange mehr zu entbehren.

Meine Absicht bei dem Niederschreiben dieser Zeilen gieng vielmehr dahin, das germanische Element, welches in dem Code civil in reichem Maaße vorhanden ist, zur Anschaulichkeit zu bringen, und von jenen deutschen Ländern, in welchen der Code noch praktische Geltung genießt, den häufig nur zu leicht und ohne Sachkenntniß hingeworfenen Vorwurf abzuwenden, als wäre das Recht, welches sie gebrauchen, ein durchaus fremdes Recht, — als wäre durch dasselbe dem Volksleben ein antinationales Element eingeimpft worden, welches dem Zurückführen auf eine wahrhaft deutsche und gemeinsame Gesetzgebung, der Wiedervereinigung Deutschlands durch sein Recht, wie es bereits durch seine merkantilischen Interessen vereinigt ist, feindlich widerstreben würde.

Nicht alles, was im Auslande entstand, ist darum fremd, und noch weniger ungeprüft feindlich zu behandeln; im Gegentheile kann es nur erfreulich seyn, in demjenigen, was sich zuerst als fremdartig darstellt, bei näherer Prüfung etwas Heimisches und Befreundetes zu entdecken. So kann auch der Code civil, wenn wir ihn richtig auffassen, und seine Mängel wie seine Vorzüge unbefangen würdigen, für Deutschland noch eine besondere Bedeutung gewinnen und, so wie er ursprünglich bestimmt schien, das deutsche Recht zu zerstören, so muß es das Nationalgefühl erheben, in ihm selbst ei-



Digitized by Google

nen kräftigen Zweig des germanischen Rechtes wieder zu erkennen. Die Zeiten, wo die Nationalität der europäischen Völker gegenseitig bedroht erscheinen konnte, sind, wie wir hoffen, für immer vorüber. Man hat, wie es scheint, angefangen zu erkennen, daß es etwas Höheres gibt, als das Herrschen eines Volkes über das andere — nämlich ein friedliches Bestehen nach dem Gesetze der Rechtsgleichheit! Möge sich die Ueberzeugung befestigen, daß es für die Nationen noch einen edleren Kampf zu kämpfen gibt, als den der Waffen — den Wettkampf um die Palme der Civilisation, der Kunst und Wissenschaft!

---

Digitized by Google

# VI.

## Ueber die
## sog. juristische Gewere an Mobilien.

Von

Dr. C. Brackenhoeft,

Privatdocenten in Heidelberg.

Für die in einem frühern Aufsatze *) von dem Verfasser aufgestellte Ansicht, daß das germanische Recht an Mobilien keine juristische Gewere kenne, die Gründe darzulegen, ist der Zweck dieses Aufsatzes, der demnach als zweiter Theil einer Erörterung über die juristische Gewere betrachtet werden kann. — Dieser Zweck wird es erfordern, dahin zu streben, die Grundprincipien der dinglichen Klagen wegen Mobilien zu bestimmen.

### §. 1.

### Ueber den rechtlichen Charakter der deutschen Klagen wegen Mobilien und die Möglichkeit ihrer Begründung durch eine juristische Gewere im Allgemeinen.

Die Ansicht, daß die Klage wegen Mobilien gegen dritte Inhaber als solche, welche als die dingliche hier bezeichnet wird, auf einer juristischen Gewere beruhe, verdankt bekanntlich derselben Bearbeitung, welche dieser Materie ein neues wissenschaftliches Daseyn gegeben hat [1]), ihre Entstehung; und ihr allgemeinster Grund ist der, daß nur eine solche Gewere eine derartige Klage des Nichtbesitzers erzeugen könne. — Eine spätere, noch nicht abgeschlossene, Erörterung, welche den betretenen Weg verfolgt, dieser Lehre diejenige wissenschaftliche Entwickelung zu erringen, in der sie eine klare Auffassung des deutschen Rechts an Sachen zu gewähren ver-

---

*) In dieser Zeitschrift Bd. III. S. 1. ff.

1) Albrecht die Gewere u. s. w. Königsberg, 1829.

Digitized by Google

möge[2]), scheint an die Stelle jener juristischen Gewere an Mobilien eine ideelle zu setzen; denn diese ideelle Gewere, welche jede nicht factische bezeichnet, und sich von jener juristischen dadurch unterscheidet, daß sie nicht, wie diese, ein von dem Rechte verschiedenes Moment bildet, sondern mit dem Rechte an dem Dinge selber identisch ist[3]), wird demjenigen Eigenthümer zugeschrieben, der sein bewegliches Gut zum Commodat gegeben hat[4]). Da nun diesem jedenfalls nicht unbedingt eine Klage gegen dritte Inhaber zusteht[5]), weshalb ihm denn auch jene juristische Gewere abgesprochen worden, so wird diese Ansicht dem Eigenthümer, der unbedingt eine solche Klage hat, und dem daher auch jene juristische Gewere zugeschrieben wird, um so weniger diese ideelle Gewere absprechen können[6]). — Die Bedeutung aber, welche dieser ideellen Gewere beigelegt ist, führt dahin, daß da, wo sie angenommen wird, jene juristische Gewere noch immer bestehen kann. Denn mit der Annahme ersterer ist letztere nicht geleugnet, aber freilich auch eben so wenig zugegeben. Und wenn die gegenwärtige Erörterung davon ausgeht, daß die Gewere vom Rechte verschieden sey[7]), so kann sie in jener Aufstellung einer ideellen Gewere einen Ausspruch über die von ihr zu beantwortende Frage: ob es eine juristische Gewere gebe? überall noch nicht gegeben finden. — Abgesehen nun davon, daß die Quellen einer juristischen, oder einer von der factischen verschiedenen Gewere, wenn man diese von der Gewerleistung durch Andere unterscheidet[8]), bei Mobilien nicht gedenken[9]), besteht der directe Grund für die hier aufgestellte Meinung darin: daß, wenn jene Klage auf einer solchen Gewere beruhte, sie den Beweis derselben

2) Gaupp in dieser Zeitschr. I. S. 86. ff.

3) Gaupp a. a. O. S. 94. 102. 103. 106. 107.

4) Gaupp a. a. O. S. 124. 125.

5) Vergl. unten §. 3.

6) Eine Vindication wird ihm aber dessenungeachtet abgesprochen: Gaupp a. a. O. S. 119. — Dabei entsteht denn freilich das Bedenken: welche Wirkung hat denn diese ideelle Gewere?

7) Nach der in dieser Zeitschr. III. S. 3—10 aufgestellten Ansicht.

8) Vergl. diese Zeitschr. III. S. 6.

9) Ueber die Stellen, welche für eine juristische Gewere an Immobilien angerufen worden sind, s. die Zeitschr. Bd. III. S. 20. 21. 37. 38. §. 3. Note 7. §. 5. — Ueber die für die eine solche Gewere an Mobilien allegirte Stelle s. unten §. 3. a. E.

Digitized by Google

erfordert haben würde, und da dies nicht der Fall, sie auch auf eine solche Gewere nicht gestützt seyn kann. — Denn wo es auf eine nicht factische Gewere ankommt, ist sie die conditio sine qua non der Befugniß, wegen des Guts vor Gericht zu handeln [10]). — Ja es muß sogar behauptet werden, daß eine solche Ansprache gegen den dritten Inhaber von Mobilien gar nicht Klage im heutigen Sinne des Worts genannt zu werden verdient, sondern richtiger als ein Angriff bezeichnet wird, der in eine Klage im heutigen Sinne erst übergeht, wenn die gehörige Gewerschaft des Beklagten fehlt; und daß, wo wir im germanischen Rechte dingliche Klagen zu sehen gewohnt sind, es zum Theil nur Angriff gedachter Art, und durch Gewere oder Gewerschaft bedingten Schutz gibt. — Denn, was die Mobilien betrifft, so ist nicht allein von dem Beweise einer Gewere der Angreifende befreit; er kann sogar ohne allen Beweis eines Rechts den Angriff unternehmen, und den Angegriffenen zur Vertheidigung und zu einer Beweisführung nöthigen, und nur im Verfolge des Verfahrens kann, wenn dem Beklagten der Schutz fehlt, ein Beweis seines Rechts zu seinem Siege erforderlich sein [11]), wird aber freilich auch erst dann zuläßig [12]). — Jene Freiheit des Klägers (wie der Angreifer hier ferner genannt werden soll) von einer Beweisführung wird man auch hier jedenfalls nicht, wie bei der Anschuldigung eines Verbrechens, die hier keineswegs zum Angriffe gehört [13]), angenommen zu werden pflegt [14]), darin finden

10) So bei Immobilien, wo man rechte Gewere haben muß, um sein eigner Gewere sein zu können.

11) Den Eid, welchen der Kläger unter Umständen bei Anstellung der Klage zu leisten hat (vgl. unten §. 3. Note 5. 6. 7.) kann man nicht als Beweis seines Rechts betrachten, weil dieser vielmehr erst in einem andern Stadium des Verfahrens vorkommt (vgl. Note 31. § 2. not. 3. 39. §. 3. Note 7.). Da die Auffassung des Verhältnisses hier durchaus von der prozessualischen Stellung abhängt, so wird es nothwendig, jenen Eid von diesem Beweise streng zu unterscheiden.

12) Vgl. unten §. 2. Note 39.

13) Daß in einer nicht auf einem obligatorischen Verhältnisse beruhenden Klage wegen Mobilien immer eine solche Beschuldigung liege, meint Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen. S. indeß dagegen: Eichhorn Einl. §. 170. Note i. Gaupp a. a. O. S. 112. und unten §. 2. Note 23.

14) Rogge a. a. O. S. 212. 213.

Digitized by Google

können, daß das bloße Auftreten mit einer Beschuldigung schon einen Verdacht begründe, von dem der Beschuldigte sich zu reinigen habe. — Dagegen redet schon, daß, wer ein Immobile vom Besitzer abfordern wollte, seine rechte Gewere erweisen mußte [15]. Vielmehr wird sich jene Freiheit des Klägers nur daraus erklären lassen, daß der Sieg hier zunächst nicht von dem Daseyn des von ihm behaupteten Rechts, sondern vielmehr von dem, durch das Verhältniß der Gewere oder Gewerschaft bedingten, rechtlichen Schutze abhing. Der Angriff des Klägers ist zunächst nur Provocation gegen den Beklagten zur Abwehr; erst wenn letztere den Erfolg versagt, kommt es auf den Beweis des Rechts an. Jene Eigenschaft des Streites und dieses Verhältniß des Rechts zu dem Streite zeigt sich in der Art des Verfahrens [16].

Die Wirkung der Gewere muß auch da, wo, wie es bei Immobilien eintritt, der Inhaber einer rechten Gewere gegen den Besitzer streitet, als ein Schutz, und nicht als ein Angriff aufgefaßt werden. Denn durch diese Gewere, die kein Rechtsverhältniß, kein Inbegriff von Befugnissen, welche an sich einen Vermögenswerth haben, sondern ein, an und für sich gedacht, inhaltloser wiewohl nur intellectueller oder ideeller Zustand in Beziehung auf ein Gut ist [17], sind die, in Ansehung desselben dem Inhaber solcher Gewere zustehenden, vermögensrechtlichen Befugnisse im rechtlichen Sinne schon realisirt [18], so daß nicht bloß ein Anspruch, sondern bereits eine Herrschaft besteht, welche sich durch die Gewere rechtliche Anerkennung verschafft und deren eigenmächtiger Ausübung der Charakter des Bruches der Rechtsordnung, des Friedensbruchs, nicht beiwohnt [19]. Seitdem bei Immobilien die rechte Gewere die Bedin-

15) Sächs. Ld.R. III. 21. II 44. vgl. II. 43.

16) Vgl. unten nach Note 29. und §. 2.

17) Vgl. diese Zeitschr. III. S. 10.

18) Aehnlich, wie durch Eigenthumserwerb ein Forderungsrecht realisirt ist.

19) Der bloße Besitzer ohne rechte Gewere hat allerdings Schutz gegen Gewalt. Denn er braucht seine Gewere, oder den Besitz, nur zu räumen, wenn er im Wege des Rechts dazu schuldig erkannt worden (Sächs. Ld.R. III. 83); allein ist er des Besitzes eines Immobile gewaltsam entsetzt, so hat er zwar eine Klage gegen den Entsetzer (vgl. diese Zeitschr. III. S. 37. §. 5. Note 2.); aber

Digitized by Google

gung der Befugniß, über dieselben ohne Zugrundelegung eines obligatorischen Verhältnisses zu streiten, geworden ist [20]), kann demnach hier von einem Angreifen im prozessualischen Wege nicht mehr die Rede seyn, sondern nur von einem Nachsuchen von Schutz. — Bei Mobilien hingegen ist, weil diese Bedingung nicht gestellt, der prozessualische Angriff frei geblieben; und da es keine rechte Gewere an denselben gibt, so kann ein Schutz nie auf Seiten des Nichtbesitzers, sondern immer nur auf Seiten des Besitzers seyn. — Insofern fand denn auch eine Gleichheit der Partheien Statt, so daß, wie der Kläger bei gewisser Angriffsart, auch der Beklagte bei gewisser Schützungsart die Rechtmäßigkeit derselben zuvor zu beschwören hatte [21]). Die Bedenklichkeit aber, welche man hier darin zu finden veranlaßt werden könnte, daß zum Angriffe des Nichtbesitzers weniger Erfordernisse gehörten, als zum Schutze des Besitzers, verliert einestheils dadurch ihr Gewicht, daß dieser Angriff, auch wenn dem Beklagten der Schutz fehlte, doch noch an und für sich nicht genügte, um den Kläger zum Siege zu führen [22]), und anderntheils wird diese Lage der Sache in den Quellen zu bestimmt bezeugt, als daß man sie leugnen könnte [23]). — Es ist vielmehr ein Vorrecht des Besitzers, daß er am nächsten dazu ist, das Gut zu vertheidigen [24]).

In Ansehung der Mobilien sind nun folgende Klagen zu unterscheiden:

1) Die Forderung, beruhend auf einem von dem Kläger zu erweisenden obligatorischen Verhältnisse zwischen ihm und dem Beklagten [25]),

---

wenn dieser eine rechte Gewere an dem Gute hatte, mußte diese Klage hinwegfallen, weil er dann keinen Friedensbruch begangen haben konnte.

20) Von den Volksrechten der fränkischen Zeit läßt sich dies noch nicht nachweisen (vgl. diese Zeitschr. III. S. 14. §. 2. Note 9); hier genügte denn auch die bloße Beschuldigung eines unrechtmäßigen Besitzes, um den Besitzer eines Immobile zur Vertheidigung zu nöthigen. (Vgl. Rogge a. a. O. S. 225.

21) Vgl. unten § 3. Note 5. 6. 7. 13.

22) Vgl. unten Note 31. § 2. Note 3. 39. §. 3. Note 7.

23) Sächs. Ld.R. II. 36.

24) Goslar. Stat. (bei Göschen) S. 81. Z. 10—12.

25) Sächs. Ld.R. II. 60. Magdeb. R. v. 1304. a. 114. (Schott Samml. I. S. 80). Stad. Stat. IV. 18. (Pufendorf obss. I. app. p. 205). Bremer Stat. Ord. 58 (ebendas. II. app. p. 91). Hamb. Stat. 123. (ebendas. III. app. p. 263).

Digitized by Google

2) die Strafanklage wegen Diebstal oder Raub, bei welcher nebenher die Restitution des entzogenen Guts, oder Entschädigung wegen desselben, verfolgt wird [26]).

3) die dingliche Klage, oder der bloße Angriff, der entweder

a) in einer schlichten Ansprache, ohne daß der Besitz des Beklagten zuvor festgestellt wird [27]), bestehen, oder

---

26) Daß nach deutscher Ansicht wegen einer und derselben unerlaubten Handlung nur Einer Person Eine Klage zustehen solle, und man es als Regel ansehen dürfe, daß mit einer und derselben Klage das entwendete Gut selber zurückgefordert und die sonstigen Ansprüche wegen des begangenen Diebstahls geltend gemacht werden müßten, bemerkt Cropp (in Hudtwalcker und Trummer Criminal. Beitr. II.) S. 235. 246. — Bei einer solchen Strafanklage wegen Diebstahl oder Raub, die dann aber immer auch (vgl. unten §. 4. Note 8.) auf eine durch Verletzung der Were oder der Persönlichkeit (die beim Diebstahl auch mit Heimlichkeit verbunden sein muß; s. über den Begriff vom eigentlichen Diebstahl: Cropp a. a. O. §. 13. ff.) zu gründen ist, konnte nun wohl ohne Zweifel der Ankläger, welcher bestohlen oder beraubt war, zugleich die Restitution des Guts erlangen, wenn er als Eigenthümer, oder als ein solcher, welcher dem Eigenthümer für das Gut haftete (vgl. unten §. 4. Note 8), auswies; da selbst, derjenige, welcher nicht angeklagt hatte, sein bei einem zum Tode Verurtheilten vorgefundenes Gut auf diesem Wege erlangen konnte: Sächs. Ld.R. II 31. vgl. auch Cropp a. a. O. S. 342. Auch kennt das Richtst. Ld.R. (Ausg. v. Ludovici) Cap. 36. ff., die „vormengende Klage," als diejenige, bei welcher die peinliche Klage in die bürgerliche, oder umgekehrt, übergeht; woraus geschlossen werden darf, daß der bürgerliche Anspruch auf Restitution auch gleichzeitig mit der peinlichen Klage verfolgt werden konnte.

27) Die Verschiedenheit dieser Klage von derjenigen, welche mit Anfang (Anevang) eingeleitet wird, ergibt sich aus dem Richtst. Ld.R. Cap. 11. 16, und besteht darin, daß es sich hier um die Frage handelt: ob der Beklagte das vom Kläger in Anspruch genommene Gut besitzt, und daß der Kläger, wenn er unterliegt, frei von Buße und Wette bleibt. Richtst. Ld.R. Cap. 16. . . . sint ick der have nit an en verdige, noch my der nit onderwonden en hebbe, vnde nit mer dan min ding mit Recht geordert en hebbe, off ick enigen schaden darum liden darf? dat vint me. he ne dorve. — Der Kläger hat nun, wenn der Beklagte läugnet, die Wahl,

Digitized by Google

b) mit einem „Anfang" verbunden seyn kann, durch den der Besitz des Beklagten hergestellt wird, und die

α) wenn der Beklagte die Vertheidigung nicht weigert, zu einem gerichtlichen Unterwinden von Seiten des Klägers führt [28]); wenn aber

---

ob er dessen Besitz erweisen, oder ihn denselben wieder abschwören lassen will. Im letztern Falle ist dies Verfahren mit der Eidesleistung beendet und ein Beweis des Besitzes nicht mehr zuläßig, aber es steht dem Kläger frei, nun auch zum Anfang zu schreiten. Richtst. Ld.R. Cap. II. — Erwies aber der Beklagte den Besitz, oder gestand der Beklagte ihn zu, so trat wohl dasselbe Verfahren ein, wie wenn der Kläger das Gut angefangen und sich dessen unterwunden hatte (vgl. folg. Note), nur daß er im Falle des Unterliegens nimmer von Buße und Wette frei blieb. — Diese schlichte Ansprache scheint als eine besondere, von der Forderung verschiedene, Klagart bei den Schriftstellern nicht ausgezeichnet zu sein; auch Gaupp a. a. O. S. 111. 113. nimmt in Beziehung auf bewegliche Habe nur Forderung und Anfang an, wobei denn die schlichte Ansprache mit der Forderung zusammenzufallen scheint, wie auch die Darstellung des Verfahrens nach der Einleitung der Klage S. 135 ff. zeigt, welches nach ihr für beide Klagearten dasselbe ist. — Vgl. indeß Appelius Rhein. Mus. IV. S. 60 wo die Ansprache als actio in rem scripta wegen Mobilien, der Klage wegen Immobilien (die hier Anfang genannt ist) entgegengesetzt wird, und Pütter vom deutschen Eigenthum S. 71—74. der sie wenigstens nicht auf solche Fälle beschränkt, wo ein obligatorisches Verhältniß zum Grunde liegt. Eine Dissert. von Budde de vindic. rer. mobilium German. Bonn. 1837 ist dem Verfasser nicht zugänglich gewesen. — Eine schlichte Klage ist sonst auch diejenige, bei welcher der Kläger sich nicht auf Beweis beruft. Bremer Stat. v. 1433. Ord. 18. (Oelrichs Bremer Ges. B. S. 509. vgl. S. 71 und 371). „So we den anderen schuldiget myt einer flichten Klage ane tuch de (der Beklagte) scal unde mach bekennen unde vorsaken, wes he bekent scal he lesten unde gelden vor dat andere mag, he syn recht don" (schwören). — Daher die Sächsische Klage auf Eid.

28) Sächs. Ld.R. II. 36. §. 2. Kumt aver jene willes vor gerichte, he sal sik underwinden sines gutes to rechte." — Verm. S. Sp. (Böhme d. B.) III. 8. d. 3. „so mag her wol sin gut anvanghen... komt er vor gericht, so sal er sich wedir undir-

Digitized by Google

β) eine solche Weigerung eintritt, den Weg zu einer Strafanklage wegen handhafter That bahnt [29]).

---

winden sines gutes." — Der Anfang geschieht durch eigenmächtiges Ergreifen (im Sächs. L.R. wird dies zwar nicht genannt; s. aber die Glosse bei Ludovici S. 296. 297.) des in den Weren des Beklagten vorgefundenen Gutes unter Ableistung eines Eides, daß das Gut dem Kläger gehöre, und ihm wider seinen Willen entfremdet worden. Ebendas. IV. 13. 1. Sächs. Weichb. 133. Magdeb. R. 48. (Schott I. 65). Bair. Ld.R. (Heumann opusc. 63. 64.). Goslar. Stat. (bei Göschen) S. 98. Z. 19 ff., wo aber nur der erste Theil des Eides gefordert wird. — Bisweilen wenigstens wird Erlaubniß des Richters gefordert. Sächs. Ld.R. II. 36. „Wan mit des richters orlove mut he sin gut wol anevangen myt rechte ...; es sey denn daß man (Verm. S. Sp. IV. 13. 1.) „des richters boten nicht gehoben mag." Vgl. Freiberg Stat. 9. (Schott III. 188.), auch Cropp a. a. O. S. 283. — Dadurch wird das Innehaben des Beklagten hergestellt, und die Goslar. Stat. a. a. O. S. 99. Z. 21—24. (vgl. Göschen a. a. O. S. 427. 430. Not. 2. 3.) so wie der Verm. S. Sp. IV. 13. 9. (bei Ortloff IV. 42. 10.) verlangen von dem Beklagten Caution dafür, daß er das Gut zur rechten Zeit vor Gericht bringe, und schreiben widrigenfalls Auslieferung an den Kläger vor. Zuweilen wird auch das angefangene Gut der Obhut eines Dritten übergeben: Lex Sal. em. tit. 49. Lex Rip. tit. 33. §. 1. Freib. St. a. a. O. Dagegen befreit der Käufer, welcher das Gut schon vor dem Anfang wieder aus den Geweren gelassen hat, sich durch den Eid, daß er zur Zeit des Erwerbs nicht gewußt, daß das Gut gestohlen oder geraubt. Verm. S. Sp. IV. 13. 17.

29) Sächs. Ld.R. a. a. O. §. 2. „Wil aver jene sin gut weren ime, er it vor dat richte kome, so bidde he ine wederkern vor gerichte; weigeret he des, he ... gripe in an vor sinen dief, also of die dat hanthaft si, wende he sik scüldich bevet gemaket mit der vlucht." — Dasselbe Resultat scheint eintreten zu können, wenn jemand sein gestohlens oder geraubtes Gut vor dem dritten Tage nach dem Diebstale oder Raube in den Weren des Beklagten findet, oder wenn dieser das Gut heimlich gehalten, oder rechtlos geworden. Vgl. Sächs. Ld.R. a. a. O. §. 1. — Es kann aber auch noch nach dem Unterwinden vor Gericht ebenfalls dazu kommen, wenn der Beklagte weder beweisen kann, das Gut selber producirt zu haben, noch einen Auctor zu stellen vermag, auch nicht schwören kann,

Digitized by Google

Die zuletzt unter Ziff. 3 genannten Klagen sind allein diejenigen, welche man durch eine Gewere zu begründen veranlaßt werden könnte. Sucht man nun einen Grund für diese Klagen in den Quellen, so wird man darauf verwiesen, daß der Beklagte das Gut auf eine solche Art in Händen bekommen habe, daß er gehalten sey, es dem Kläger herauszugeben [30]). Der Grund der Klage, oder richtiger des Sieges mit derselben, ist zunächst nur negativer Natur; er

---

auf dem gemeinen Markte von einem Unbekannten gekauft zu haben. Allein hier kann er nicht handhafter That beredet, sondern es muß ihm der Diebstal anderweitig erwiesen werden (Sächs. Ld.R. a. a. O. Richtst. Ld.R. 39), und zwar ein eigentlicher (Sächs. Ld.R. II. 29. Cropp a. a. O. S. 353); sonst kann nur die Folge des dieblichen Behaltens, das Verfallen in Buße und Wette, eintreten, und eine eigentliche (peinliche) Strafanklage nicht mit Erfolg gegen ihn gebraucht werden.

30) Richtst. Ld.R. Cap. 11. „De borgelike klagen komen dar van, dat de kleger klaget dat N. (der Bekl.) dat vnter sick hebbe, dat he bilker hedde." — Ebendas. 16. „Sprekestu an varende have de du deme doden dedest, edder de eme so angekomen is, da du dar vp klagen vult u. s. w. Vgl. Sächs. Ld.R. I. 29. Verm. S. Sp. III. 8. 4. IV. 13. 12. Dahingegen erklärt Appelius a. a. O. S. 53. vgl. S. 57. die Klage gegen den dritten Inhaber daraus, daß die ältere Detention vor jeder spätern den Vorzug habe, welche nicht vom Kläger vermöge eines Rechtsverhältnisses erlangt, weil diese nicht eher des gesetzlichen Schutzes würdig sey, als bis jene rechtmäßig aufgehört habe. — Unrechtmäßiger Verlust des Guts (vgl. unten §. 2. nach Note 23. u. §. 4. Note 9.) ist denn auch zwar das bedingende Moment des Sieges mit der Klage, aber doch nur, weil dann auch der Erwerb unrechtmäßig, oder genauer: nicht rechtsbeständig ist, indem er keine Gewerschaft begründen kann. (vgl. unten §. 4. nach not. 23). Beides trifft zusammen, aber die Unrechtsbeständigkeit des Erwerbes ist doch diejenige Seite, welche im Verfahren zunächst in Betracht kommt (vgl. §. 2. Note 2) und das Gut kann unrechtmäßig entzogen seyn, während der erste Verlust — im Gegensatze des spätern Vorenthaltens — der Detention rechtmäßig war (vgl. unten §. 4. nach Note 23); wohingegen nach Appelius a. a. O. S. 58. nur derjenige die Detention unrechtmäßig verliert, dem das Gut ohne oder wider seinen Willen aus den Händen gekommen ist.

Digitized by Google

besteht in dem Mangel eines rechtlichen Grundes, den Beklagten zu schützen, nicht aber darin, daß dem Kläger eine Gewere zugeschrieben wird. Gewerung ist hier vielmehr nur auf des Beklagten Seite, und es ist dem Kläger überall kein gleichartiges Mittel dagegen gegeben; erst wenn dem Beklagten die Gewerung fehlt, kann er, wenn er nicht zu einer Strafanklage schreitet, durch nunmehrigen Beweis seines Rechts sich den Sieg verschaffen [31]. — Dennoch aber findet sich hier eine Beziehung auf eine frühere factische Gewere des Klägers insofern, daß er nicht siegen kann, wenn er das in Anspruch genommene Gut freiwillig aus seinen Weren gelassen hat. Der Grund dafür wird sich in dem Verfahren bei den hierher gehörigen Klagen zeigen.

## §. 2.

## Ueber die Einleitungsarten und die Werschaft bei dinglichen Klagen wegen Mobilien.

Die Verschiedenheit zwischen den im §. 1 als hierher gehörig bezeichneten Klagearten betrifft nur die Einleitung des Verfahrens durch die Feststellung des Besitzes des Beklagten, oder ohne eine solche, die diesem dabei gestattete größere oder geringere Willkühr in der Vereitelung des Erfolgs, und die Folgen, welche in Beziehung auf Buße und Wette und durch rechtswidriges Verhalten des Beklagten herbeigeführt werden [1]. Kommt es zur Hauptsache, ohne

---

31) Sächs. Lb.R. II. 36. §. 7. „Selbe dridde sal he sik darto tien de't angevanget hevet; of eme burst wirt an deme geweren.“ — Bei Ludovici hat allein der hochdeutsche Text die richtige Interpunction. — Im Falle der Beklagte schwört, daß er auf gemeinem Markte von einem Unbekannten gekauft habe, sollen die Zeugen auch die Wissenschaft haben, daß das Gut dem Kläger gestohlen sey (Ebendas. §. 4.); also auch gewiß diese Wissenschaft aussagen. Daß sie bloße Eideshelfer seyen, wird deshalb noch nicht angenommen werden dürfen, da der Kläger gleichfalls den Umstand beschwört. — Daß hier der Beweis des Eigenthums und des Diebstals gefordert werde, meint auch Cropp a. a. O. S. 298. 299. — Das Schöffenurth. bei Böhme diplom. Beitr. VI. 107. redet zwar von einem bloßen: dazu ziehen auf den Heiligen; kann aber doch die Auctorität des Sächs. Lb.R. nicht vernichten.

1) Vgl. oben §. 1. Note 27. 28.

Digitized by Google

daß dieselbe durch das Verhalten des Beklagten bei der Einleitung in eine Delictsklage übergegangen ist, so ist die Art und Weise, wie der Beklagte sich schützt, von jener Einleitungsart ganz unabhängig [2]). Auch kommt das Recht des Klägers in der Hauptsache überall erst in Betracht, wenn die Lage eintritt, daß der Schutz oder die Gewerschaft des Beklagten gebrochen ist [3]). Immer aber gehört zur Einleitung, daß der Kläger sich durch die Behauptung eines Rechts an dem Gute zu dem Angriffe legitimirt, welche Behauptung zuweilen eidlich, selbst mit Eideshelfern geschehen muß [4]). Man betrachtet zwar einen solchen Eid gewöhnlich als ein eigenthümliches germanisches Beweismittel [5]), und wird dann folgeweise auch dahin kom-

2) Denn mag nun der Besitz des Beklagten durch den Anfang handhaft geworden, oder derselbe durch die schlichte Ansprache, entweder weil der Beklagte ihn eingestanden, oder der Kläger ihn erwiesen hat, hergestellt seyn, so wird es immer zunächst darauf ankommen, ob der Beklagte durch irgend eine der verschiedenen Arten der Gewerung (vgl. §. 1. Note 27. und unten nach Note 27.) sich zu schützen vermag. Daher sagt der Richtst. Ld.R. Cap. 11. „Des sehe tom ersten wo dy de varende have ankummet, der na machstu deme klegern antwerden, unde bi den antwerden machstu pruven wedder du yt met recht behalden edder verlesen machst.

3) Denn erst dann kommt es auf den Beweis eines Rechtes des Klägers an. Vgl. §. 1. Note 31 und unten Note 39.

4) Vgl. unten §. 3. Note 5—7.

5) Angemessener dürfte man die Sache bezeichnen, wenn man sagte, er sey ein processualisches Schutzmittel oder (von Seiten des Klägers der keine Gewere hat) eine Legitimation zum Angriffe. — Denn selbst wenn man sagt: vollkommene Beweislosigkeit sey der Charakter des altgermanischen Prozesses, und die Aussage der Zeugen sey richterliches Urtheil über das Factum (Rogge a. a. O. S. 93. ff. S. 97. ff.), und den Inhalt einer Urkunde aus ähnlichem Gesichtspunkte betrachtet (Ebendas. S. 132. ff.); so wird man um so mehr zwischen einer solchen Aussage und der eidlichen Bekräftigung der eignen Aussage der Parthei durch diese selber, ohne daß ihr Gegner darin gewilligt daß von ihr der Ausfall des Streites abhängen solle, den erheblichen Unterschied finden müssen, daß jene den Streit entscheidet, diese aber ein Theil des Streites ist, und daß derjenige, welcher dadurch den Sieg erlangt, zwar des Angriffes sich erwehret oder ihm entgeht (vgl. z. B. Sächs.

Digitized by Google

men, zu sagen, daß der Kläger hier durch den Eid sein Recht erweise [6]). Allein hier kann man doch die Sache jedenfalls nicht so ansehen, weil sich kein haltbarer Grund dafür auffinden ließe, daß der Beklagte nicht eben so gut das ihn schützende Recht auf gleiche Weise sollte bewahrheiten können, und ihm dies nicht gestattet ist [7]). Durch jene Behauptung zieht der Kläger sich zu dem Gute [8]).

---

Ld.R. I. 7.) aber doch nicht seinen Gegner überwindet; weshalb denn auch nie der Kläger durch seinen eigenen Eid die Verurtheilung eines Beklagten erlangt, wenn er auch den Schutz seiner rechten Gewere sich dadurch erhalten, und so dem Beklagten einen Besitz entziehen kann (Sächs. Ld.R. III. 21. Rüthen. Stat. 39. [abgedr. bei Kraut Grdr. S. 206]; so auch bei der Lovhawd. Jütsch. Lov. I. c. 41. 44). — Muß man nun aber Zeugen und Urkunden doch für den germanischen Prozeß als Beweismittel in seiner Bedeutung anerkennen, so muß man den eignen Eid der Parthei auch von den Beweismitteln im germanischen Sinne unterscheiden, und damit denn auch die nur zum Beistande, zur Bekräftigung desselben, hinzutretende Eideshelfer (welche man denn auch ja bekanntlich von den Zeugen unterscheidet: vgl. Rogge a. a. O. S. 136 ff.) — Durch die Unterscheidung zwischen Angriff oder Schutz und den Erfordernissen seiner Wirksamkeit auf der einen, und dem germanischen Beweise auf der andern Seite, wird es überhaupt erst möglich, die Bedeutung des germanischen Prozesses zu erkennen.

6) Dies scheint der Fall zu sein bei Appelius a. a. O. S. 58. Gaupp a. a. O. S. 141.

7) Er muß für den originairen Erwerb vielmehr Zeugen bringen: Sächs. Ld.R. II. 36. §. 3. — Wo nicht die Regel des Sächs. Ld.R. I. 7. den Kläger von einer Beweisführung ausschloß, da konnte er den Schutz des Beklagten durch bloßen Eid gewiß immer durch Beweis vereiteln: Jura vet. Lunaeburgi a. 1247 art. 59. (Dreyer Nebenst. S. 386). „Schuldighet ein Mahn den anderen vor Gerichte umme Sake, dar he nicht iss bybeholden, und sprikt he ehne ahn mith helpe und tüge, und die ander spricht he sy des unschuldig, und ehömet neine Tüge, und will sik ehrweren mit sines Edes hanth: So is de Clagere ehme neger aver tho gande mit sinen Tügen, alse sik ein ander sy tho werede.“ — Auch die Ausdrücke verdienen hier Beachtung.

8) Vgl. Sächs. LdR. I. 28. II. 29. 36. 37. Verm. S.Sp. III. 8. 4. IV. 13. 5, 12. Magdeb. Schöffenurth. (Walch Beitr. VIII. 275.) Salfeld. Stat. (Walch I. 17).

Digitized by Google

Dieser Ausdruck findet sich nun einerseits da nicht, wo man vermöge einer Gewere ein Gut in Anspruch nimmt [9]). Er findet sich zwar auch in Beziehung auf ererbte Güter, aber ohne daß gesagt wird, daß sie überall, oder allein, aus Immobilien bestanden, der Anspruch also allein auf rechter Gewere beruhet [10]); abgesehen von dem Falle, wenn der Erbe sein unbewegliches Gut von dem Richter fordert [11]), wo er aber offenbar nicht vermöge einer rechten Gewere klagt, sondern sich nur als Erben legitimirt [12]). Andererseits läßt es sich auch nicht erweisen, daß dieser Ausdruck vorkommt, wo

9) Der Ausdruck findet sich wohl nur bei dem Kläger, der bewegliche Habe in Anspruch nimmt, und in den Fällen der Note 10 und 11. — Daß er aber die technische Bezeichnung des Anfang sey (Albrecht a. a. O. S. 81.), dagegen reden schon die Stellen der Note 10; wenn er auch zuweilen mit anevangen gleichbedeutend gebraucht wird (Verm. S.Sp. IV. 13. pr. 3). Auch erklärt sich dagegen Gaupp a. a. O. S. 114—116; dem man aber wiederum darin nicht beipflichten kann, daß er das Beweisen des Rechts an der Sache bedeute, denn höchstens gehört dazu doch nur die Beeidigung eines solchen Rechts.

10) Schöffenurth. 4. (Böhme VI. 129)... als habe ich mich angeczogin (was aber vielleicht mit: „sich zu dem Gute ziehen," nicht einmal gleichbedeutend ist) alles ihres Gutes." — Vgl. Sächs. Ld.R. I. 28. II. 60. (wo nun von fahrender Habe die Rede ist) Zus. zu dem Erfurt. Stat. (Walch II. 29. 30).

11) Sächs. Ld R. II. 31. 41.

12) Im Sächs. Ld.R. II. 42. heißt es zwar im hochdeutschen Texte bei Ludovici, von denen die ein Lehn im Landgerichte in Anspruch nehmen: „ziehen oder sagen sie es ihm von zweyen Herren zu." — Allein einestheils fehlt der Ausdruck „ziehen," in den niederdeutschen Texten (auch bei Homeyer); anderntheils ist noch nicht gesagt, daß er gleichbedeutend sey mit: sich zu dem Gute ziehen; und endlich ist hier von dem Falle die Rede, daß sie der Gewerschaft des Herrn bedürfen, also keine eigne rechte Gewere haben. — Denn von dem Falle, daß einer von ihnen eine solche hat, wird erst weiterhin geredet. — Daß aber der Ausdruck auch bei Klagen wegen unbeweglicher Güter vorkommt (vgl. Gaupp a. a. O. S. 114.), ist zwar richtig, aber führt in dieser Allgemeinheit zu keiner Consequenz. —



Digitized by Google

ein Anspruch auf einem obligatorischen Verhältniß begründet wird [13]), indem hier vielmehr die Bezeichnung: Forderung, gebräuchlich ist [14]). Diese Handlung wird ein Unterwinden, wenn sie den Beklagten in die Nothwendigkeit setzt, das von ihm besessene Gut mit prozessualischen Mitteln zu vertheidigen, wenn er es nicht verlieren will [15]),

13) Daß er auch die Forderung unter sich begreife, meint Gaupp a. a. O. S. 114. — Allein im Sächs. Ld.R. II. 60 wird er der Forderung entgegengesetzt.

14) Sächs. Ld.R. II. 60. Magdeb. R. 114. (Schott I. 80). Stad. Stat. VI. 18. (Pufend. I. app. p. 205), Bremer Stat. Ord. 58. (ebend. II. app. p. 91.) Hamb. Stat. 123. (ebendas. III. app. p. 263).

15) Diese Bedeutung des Unterwindens zeigt sich darin, daß es der schlichten Ansprache entgegengesetzt wird, die sich an und für sich nur mit der Frage über den Besitz des Beklagten beschäftigt, und bei welcher den unterliegenden Kläger keine Buße und Wette trifft, (vgl. oben §. 1. Note 27.), offenbar deßhalb nicht, weil sie die im Texte angegebene Nöthigung gegen den Beklagten nicht mit sich führt, während diese Buße und Wette bei dem eine solche Nöthigung allerdings enthaltenden Unterwinden (vgl. oben §. 1. Note 28. eintritt. Richtst. Ld.R. 16. (oben §. 1. Note 27. cit.). — Andererseits wird aber auch das Unterwinden dem: Anevangen, Anverdigen, in dieser Stelle entgegengesetzt, und man kann daher nicht mit Albrecht a. a. O. §. 4. S. 81. (unter Berufung auf Haltaus v. Unterwinden, col. 1961) annehmen, daß „unterwinden" grade die factische Apprehension bezeichne und daß eine technische Bezeichnung des Anfangs sey, aber auch nicht mit Gaupp a. a. O. S. 115. 116. daß es gar kein technischer Ausdruck sey und nur heiße: sich der Sache bemächtigen. — Aber mit dem Anfangen ist auch immer ein Unterwinden verbunden, und es liegt hier, wo ein dabei zu leistender Eid gefordert wird (vgl. unten §. 3. Note 5—7. 13.) in diesem. — Daher gibt es denn auch ein Unterwinden ohne Gericht: Schwäb. Ld.R. Cap. 97. §. 2. 3. Cap. 128. bei v. Laßberg C. 81. C. 235. Verm. S. Sp. I. 36. 6. Dieses ist vor Gericht zu wiederholen: Verm. S. Sp. III. 8. 3. (oben §. 1. Note 28). Eben so wird auch bei dem, der auf handhafter That begriffen, vor Gericht das Gerüfte wiederholt: Magdeb. Schöffenr. a. 19. 117. (Schott I. 58 u. 81.), Cropp a. a. O. S. 379. — Indeß wird auch anevangen mit unterwinden gleichbedeutend gebraucht: Richtst. Ld R. 16. „Hefft he yt aver vor gerichte angevangen." — Die prozessualische Grundbedeutung von unterwinden ist immer:

Digitized by Google

also wenn die Einleitungsart aufhört, schlichte Ansprache zu seyn, diese mag nun vorhergegangen und durch redliches Abläugnen des Besitzes von Seiten des Beklagten beseitigt worden seyn [16]) oder nicht. Daß diese Wirkung des Unterwindens das charakteristische Merkmal desselben ist, zeigt sich auch darin, daß es gebraucht wird, wenn jemand durch Besitzergreifung einen andern nöthigt, als Kläger wider ihn aufzutreten [17]) oder eine sonstige Handlung von rechtlicher Bedeutung vorzunehmen, wenn er sich das Gut erhalten will [18]). Ein solches Unterwinden kommt wiederum nicht vor, wo jemand vermöge einer Gewere einen Anspruch bei Gericht geltend macht; es wird sich in Beziehung auf Immobilien nur nachweisen lassen, wo noch keine Gewere erworben ist, wie beim bloßen Geding [19]). Ein bloßes Unterwinden scheint vorzukommen, wenn der Besitz des Beklagten durch eigentlichen Beweis hergestellt wird [20]); es kann und muß aber jedenfalls mit einer außergerichtlichen Constatirung des Besitzes durch eigenmächtiges, oder mit richterlicher Erlaubniß geschehenes, Anfertigen, durch den eigentlichen Anfang, verbunden seyn, so daß dieser nicht ohne dasselbe zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens dienen kann [21]). Im letztern Falle ist denn das

---

jemanden zur Wehr nöthigen, und dieser Sinn liegt denn auch darin, wenn es die Nöthigung zum Kampfe bedeutet (Sächs. Ld.R. I. 63. §. 1.), wenn auch in nichtprozessualischer Beziehung die Bedeutung des Erfolges des Angriffs für den Sieger dabei hervortretend seyn kann; so im Sächs. Ld.R. III. 44.

16) Vgl. oben §. 1. Note 27. Wird für das Erheben schlichter Ansprache das Unterwinden gebraucht, so wird dessen Bedeutung durch den Zusatz: „met antwerde," modificirt: Richtst. Ld.R. 16. Denn hier wird der Beklagte noch nicht zum Schutze des Guts, zur Wehre, sondern nur zu einer, event. eidlichen, Antwort genöthigt.

17) Schöffenurth. 4. (Böhme VI. 129.) . . . „und allis ihres guts und erbis farnde unde unfarnde underwunden habe. Des annfangit mich" u. s. w.

18) So wenn der Fronbote im Executionsverfahren sich des Guts unterwindet. Schwäb. Ld.R. Cap. 131. (bei Laßberg Cap. 206.) Vgl. diese Zeitschr. III. S. 29 Note 23. 24. — In diesem Sinne ist denn auch das Ergreifen des Besitzes des Gutes eines Andern ein Unterwinden, wie im Sächs. Ld.R. III. 43.

19) Sächs. Lehnr. Cap. 7. 10.

20) Vgl. oben §. 1. Note 27.

21) Vergl. vorhin Note 15 und über den Anfang: Verm. S.Sp. IV.



Digitized by Google

Anfangsverfahren im engern Sinne vorhanden; im weitern Sinne scheint der Ausdruck Anevang jedes Unterwinden zu bezeichnen [22]).

Da nun diese verschiedenen Einleitungsarten keine anderen Voraussetzungen haben, als solche, welche entweder in der Willkühr des Klägers liegen (denn auch die Eidesleistung muß man aus diesem Gesichtspunkte betrachten), oder doch nur in dermaligen factischen Umständen bestehen, wie das Daseyn von Eideshelfern und die Möglichkeit, das Gut bei dem Beklagten anzuhalten; so scheint die freie Wahl von Seiten des Klägers in Ansehung derselben keiner rechtlichen Beschränkung unterworfen gewesen zu seyn. Al-

---

13. pr. 4. (IV. 42. 1, 5. bei Ortl.) Gosl. Stat. (Göschen) S. 82. Z. 14. S. 98. Z. 15. ff. Freib. Stat. (Schott III. 299). Vgl. Bair. Ld. R. (Heum. 152). Lüb. R. v. 1240. a. 144. (bei von Hach Cod. II. a. 194.) Culm. R. V 6. Indeß wird hier nicht grade immer (wie es im Richtst. Ld. R. Cap. 17 der Fall. verb. „Wert dy alsus angefangen have, de du sulven getogen hest, so kum in dat dingh“) der Ausdruck Anevang nur auf das außergerichtliche Handhaftmachen des Besitzes bezogen (vgl. auch Richtst. Ld. R. 16. Note 15. cit.), sondern es bezeichnet auch das ganze auf diese Weise eingeleitete Verfahren. Daß aber ein so eingeleitetes Verfahren auch Forderung (Philipps dtsch. Pr. R. 2. Aufl. Bd. I, §. 65) und die Forderung wiederum auch Anevang genannt werde, (Albrecht a. a. O. §. 10. S. 81.) steht zu bezweifeln (Gaupp a. a. O. S. 111. 112. 117. 118. Note 32). Denn im Verm. S. Sp. IV. 13. 4. wurden Forderung und Anevang einander entgegengesetzt, und ebenfalls im Freiberg. Stat. (Schott Beitr. III. 299.) In Ansehung des Schöffenurth. 4. bei Böhme VI. 129, nach dem ein Bruder von der Klage seiner Schwester gegen ihn wegen der auf sie vererbten Gerade den Ausdruck: „anefangit mich,“ gebraucht, und welches Albrecht a. a. O. §. 10. S. 82. dafür anführt, daß „sich zu dem Gute ziehen,“ die technische Bezeichnung des Anfangs sey, hat bereits Gaupp a. a. O. S. 115 bemerkt, daß die Klage auf Gerade vielmehr Forderung genannt werde (Sächs. Ld. R. II. 15) und daß diese Klage auch gegen den Richter stattfinde, gegen den doch kein eigentlicher Anfang zuläßig sey (Sächs. Ld. R. I. 28). Allein die Beziehung des Anfangen auf die Person, statt auf das Gut, zeigt, daß es hier nicht in einer technischen Bedeutung gebraucht seyn kann.

22) Vgl. oben Note 15.

Digitized by Google

lein es gab im deutschen Rechte eine Ansicht, nach welcher der Anfang nur wegen gestohlnen oder geraubten Guts statthaft seyn sollte [23]). Die Einleitung konnte aber darüber, ob ein solcher Fall vorlag, noch überall keine Gewißheit geben. Nur auf den Sieg mit der Klage gegen den dritten Besitzer wird also jene Meinung bezogen werden dürfen, und dieser war demnach nach ihr nicht möglich, wenn das Gut nicht dem Kläger gestohlen oder geraubt war [24]); und dann mußte dasselbe auch bei der Einleitung des Verfahrens durch schlichte Ansprache eintreten, insofern dieses nach festgestelltem

23) Gosl. St. (Göschen) S. 98. Z. 15. 16. Menne mag nicht anevanghen denne vordüret gut oder gherovet. Richtst. Ld.R. 11 a. E.: ytlike ſeggen dat angefant an nenen dinghen tho rechte ſcheen moge, wenn an deme dat eme verſtolen edder genomen were. — Jedenfalls wird aber doch nicht gefordert seyn, daß das Gut dem Kläger durch eigentlichen Diebstal oder Raub abhanden gekommen, sondern auch nach dieser Ansicht genügt haben, wenn es nur durch diebliches Behalten dieblich geworden war, z. B. wenn der Eigenthümer es verloren hatte und der Finder es verläugnete (Sächs. Ld.R. II. 37. vergl. auch Cropp a. a. O. S. 43 ff). S. indeß unten bei Note 31. — Darnach würde also wegen verpfändeten und verliehenen Guts jedenfalls kein Anfang zulässig seyn (vgl. unten §. 4. Note 18. 19). Forderte man aber wirklichen Diebstal oder Raub, so wäre er selbst bei veruntreuetem deponirten (Sächs. Ld.R. III. 5 und unten §. 4. Note 18.) und einem Dienstboten anvertrauetem (vergl. Cropp a. a. O. S. 358. 359) Gute (Glosse zum Sächs. Ld.R. II. 37. bei Gärtner S. 253 col. 1), nicht aber bei solchem veruntreueten Gute, welches einem Fuhrmann oder Schiffer (Lüb. R. Cod. Brok. II. art. 232. III. art. 224. v. Hach, Abthl. IV. 53. Rev. Lüb. R. IV. 1. art. 7. Hans. Schiffsordn. v. J. 1591 art. 7 u. 9) oder einem Handwerker (Braunschw. St. v. 1232 Stück 5. §. 16. [Leibn. scr. r. Bd. III. p. 445]) anvertraut worden, ausgeschlossen gewesen. Vgl. auch Cropp a. a. O. S. 61—79.

24) Braunschw. Stat. v. 1232. St. 1. §. 26. Zeller Stat. v. 1301. §. 30. (Leibn. III. p. 434 u. 484). Swelterhande weddeschat eyn man heft an sinen weren, denn mot he bat in sinen weren beholden, wan one eme jemant entwören möghe, he en sprete duve, oder roff dar an. — Vgl. auch oben Cropp a. a. O. S. 296.

Digitized by Google

Besitze eben dasselbe war [25]. Diese, indeß verworfene [26], Ansicht wird also nur darauf beruht haben [27], daß, wenn das Gut nicht gestohlen oder geraubt war, der Beklagte entweder

a) erweisen konnte, daß er das Gut selber producirt habe [28]; oder

b) durch einen Auctor gewehrt werden konnte, welcher das Gut mit Willen des Klägers von diesem erhalten hatte [29]. — Denn in diesen Fällen müßte der Kläger unterliegen. — Es war zwar die Möglichkeit vorhanden, daß auch bei nicht gestohlenem oder nicht geraubtem Gute der Beklagte sich auf diese Weise nicht vertheidigen konnte, wenn nemlich das Gut zufällig aus des Klägers Wehren gekommen war. Hier mußte man indeß, insofern der Beklagte nicht selber der Finder war, doch bei dem Zurückgehen auf die Auctoren auf einen Finder kommen, und insofern dieser dem Diebe gleich geachtet wurde [30], konnte sich jene gemißbilligte Ansicht vertheidigen lassen. — Indeß gab es einen Fall, wo der Kläger bei der Klage gegen den Dritten, den selber er nicht als Dieb oder Räuber angreifen konnte, eines Zeugnisses dafür bedurfte, daß ihm das Gut gestohlen oder geraubt war, nemlich

c) wenn der Beklagte zwar keine Gewehrschaft hatte, aber den Eid leistete, auf dem gemeinen Markte von einem Unbekannten gekauft zu haben [31]. — Und so konnte jene Ansicht darauf beruhen,

---

25) Vergl. oben §. 1. Note 27.

26) Richtst. Ld.R. 11.

27) Man könnte freilich auch den Grund in den bei der Einleitung zu leistenden Eiden (vgl. unt. §. 3. Note 5. 6) finden. Allein man wird schwerlich diese Eide, die im Wesentlichen nur die Bedeutung von Calumnieneiden hatten, als ein wirkliches Hinderniß betrachtet haben, und die Note 24 cit. Stelle redet dafür, daß man dabei den Erfolg der Klage im Auge gehabt.

28) Sächs. Ld.R. II. 36. §. 3.

29) Ebendaselbst §. 5. 6.

30) Vergl. oben Note 23.

31) Sächs. Ld.R. II. 36. §. 4. vgl. Freiburg. Stadtpriv. von 1120. art. 57. (auch bei Kraut Grundr. S. 215). — Nur in diesem Falle, nicht aber bei sonstigem oder jedem Bruche der Gewerschaft, wie Gaupp a. a. O. S. 137 annimmt, hat der Kläger Diebstal oder Raub zu beweisen. — Vgl. Sächs. Ld.R. a. a. O. §. 7.

Digitized by Google

daß, wenn die Sache diese Wendung nahm, nur dem Bestohlenen oder Beraubten die Durchsetzung der Klage möglich war.

Es zeigt sich nun in den ebengenannten Fällen, daß auch der redliche Inhaber eines Mobile, wenn er nicht eine eigne Production desselben zu erweisen vermogte, nie sein eigner Gewere seyn konnte, sondern immer fremder Gewerschaft bedurfte [32]. Der ganze Organismus der Procedur erscheint darauf berechnet, entweder den zu ermitteln, der auf unredliche Weise dem Kläger das Gut entzogen hat, oder auch es zur Gewißheit zu bringen, daß dem Kläger das Gut nicht zuständig ist, wie wenn der Beklagte oder ein Auctor desselben die eigne Production erweist [33], oder auch den Kläger selber als den Gewerleistungspflichtigen darzustellen, wenn der Beklagte oder dessen Auctor erweist, das Gut von dem Kläger selber mit dessen Willen erhalten zu haben [34]. Konnte der Beklagte selber dem Kläger keine Gewerleistungspflicht entgegensetzen, fand er aber einen Auctor, der dieses unternahm [35], so sicherte dieser Sieg ihm das Innehaben des Guts [36], während er

32) Sehr entschieden drückt diese Regel, und die darin liegende Verschiedenheit vom römischen Verfahren aus die bei Kraut a. a. O. S. 213 abgedruckte Form. ad ed. Rotharis c. 234 verbis: Longobardus semper dat auctorem, et nunquam stat loco auctoris; at Romanus semper stat loco auctoris, et nunquam dat auctorem. — Daher die Bestimmung im Verm. S. Sp. IV. 13. 11. Gosl.Stat. (Göschen) S. 99. Z. 43. 44. Wat en man varendes gudes verkoft, des schat he ewichliken vor rechteme anevanghe oder sine rechten erven gheweren. — Eben so ist es denn auch bei Immobilien, wenn der Auctor den Erwerber nicht in die Lage gesetzt hat, eine rechte Gewere zu erlangen. Sächs. Ld.R. I. 9. — Ein Irrthum ist es also, wenn Appelius a. a. O. S. 78 annimmt, daß bei beweglichen Sachen der Besitzer durch Erlangung des Besitzes sein eigner Gewere geworden.

33) Vergl. oben Note 28.

34) Vergl. oben Note 29.

35) Dies geschieht durch Beweis des Vertrags mit Zeugen, der aber nur dem Kläger gegenüber zulässig ist. Sächs. Ld.R. III. art. 4. Vergl. indeß auch Gaupp a. a. O. S. 138.

36) Dieser Sieg mußte nicht bloß dann, wenn der Eigenthümer noch überall keine Rückforderungsbefugniß hatte, sondern auch dann eintreten, wenn der Streit zu einer Zeit stattfand, wo die Rück-

Digitized by Google

im Falle des Unterliegens desselben ohne Zweifel zur Herausgabe durch Vollstreckung des Urtheils gezwungen werden konnte [37]), wenn er sich nicht etwa schon früher dadurch aus der Sache zog, daß er dem vertretenden Auctor das Gut überlieferte [38]). — Durch diese Gewerung, den Schutz gegen den Angriff des Klägers, bricht der Beklagte den Gezug des letztern, d. h. er verhindert es, daß dieser zum Beweise seines Rechts gelangt, wozu derselbe ja nur gelassen wird, wenn der Beklagte überall eine solche Gewerung nicht hat, oder ihm Bruch daran wird [39]). — Daraus geht hervor, daß der Kläger in diesem Falle, wo er das Gut freiwillig aus seinen Geweren gelassen, keineswegs deshalb unterlag, weil er die Gewere aufgegeben. Denn auch abgesehen davon, daß er doch nur die factische Gewere aufgegeben hatte, und der Verlust derselben in anderen Fällen ja grade der Grund seines Sieges war, so unterlag er hier blos deshalb, weil nun seine Klage mit seiner Gewerleistungspflicht im Widerspruch stand. — Daher unterlag er denn

gabepflicht seines Contrahenten bereits eingetreten war, wenn dieser nur vor Eintritt derselben dem Beklagten, oder dessen Vormann ein ihm zu gewährendes Recht an dem Gute eingeräumt hatte (vgl. unten §. 4 nach Note 23). Denn daß der Contrahent in einer wider ihn erhobenen Forderungsklage unterliegen müssen, konnte doch auf keinen Fall einen Einfluß auf die dingliche Klage gegen den dritten Inhaber haben.

37) Denn die Klage behielt ja doch ihre Richtung gegen den Inhaber des Guts. — Wenn aber der Kläger selber gestand, daß er das Gut freiwillig aus seinem Besitz gelassen habe, und zwar auf solche Art, daß er zur Gewerleistung gehalten war, so konnte er offenbar gegen den dritten Inhaber überall nicht dinglich klagen, sondern nur eine persönliche Klage gegen seinen Contrahenten anstellen, und vermöge einer solchen Klage konnte er den dritten Inhaber nicht zur Herausgabe des Guts nöthigen, sondern nur Entschädigung von seinem Contrahenten (Verm. S. Sp. IV. 13. 15. bei Ortl. IV. 42. 19) erlangen. — Daher muß man sich gegen die von Eichhorn Einl. §. 171 Note hh bis g aufgestellte Ansicht erklären. Vgl. darüber: Albrecht a. a. O. S. 88. Gaupp a. a. O. S. 134 ff.

38) Sächs. Ld.R. III. 5. Richtst. Ld.R. 14.

39) Vergl. oben §. 1. Note 31. §. 2. Note 3. Sächs. Ld.R. I. 15. Gaupp a. a. O. S. 136. 137.

Digitized by Google

auch nicht[40]), wenn er dem, der von ihm das Gut empfangen hatte, zur Gewerleistung nicht verpflichtet, wie wenn dieser sein Depositar[41]), Knecht[42]), oder ein Handwerker war, dem er das Gut bloß zum Verarbeiten hingegeben und der es zu dem ihm ge-

---

40) Als Ausnahmsfälle, in denen der Eigenthümer aus dem zwischen ihm und seinem Contrahenten bestehenden Delegationsverhältnisse in Hinsicht auf die Klage gegen Dritte heraustreten und diese selber habe anstellen können, betrachtet die nachfolgenden Fälle (Note 41—44), so wie die unten §. 4 nach Note 19 angeführten: Appelius a. a. O. S. 72 ff. — Auch in den §. 3 u. 4 vorkommenden, hier noch nicht in Betracht gezogenen, Fällen, wo der Eigenthümer unterliegt, ohne daß man von einer eigentlichen Gewerleistungspflicht gegen den, dem er das Gut hingab, reden kann, liegt der Grund in einer Nöthigung zur Gewerleistung. —

41) In Ansehung des Depositars finden sich indeß Abweichungen (vgl. Cropp a. a. O. S. 294). Die Leg. Wallicae nehmen bei der Klage gegen den dritten Besitzer in den Eid des Klägers auch die Worte auf: se nunquam deposito alienasse (vergl. unten §. 3. Note 5). Es erklärt sich dies daraus, daß hier diesen Bestimmungen die Idee einer Aufhebung der Klagenconcurrenz zum Grunde liegt, denn es heißt dort: »Actio enim depositi, vel commodati, vel locati contra neminem institui potest praeter illum qui bona ista ab actore accepit.« — Aus gleichem Grunde wird dem deponirenden Eigenthümer die Diebstalsklage abgesprochen, damit der den Depositar Bestehlende nicht zweien Klagen ausgesetzt sey, in Lex Longob. Liutpr. VI. 78. Vergl. Cropp a. a. O. S. 235. 236. — Andere Bestimmungen enthalten indeß die Citate §. 4. Note 17. Das Neue Lüb. R. III. Tit. 2. art. 2 behandelt indeß den Depositar gleich dem Commodatar, verbis: geleihet oder vertrawet.

42) Salfelder Stat. 12. (Walch Beitr. I. 17). Verm. S. Sp. IV. 13. pr. 3. Hier wird dem Eigenthümer die Zahlung des dem Dienstboten schuldigen Lohns bei der Abforderung des Guts von dem dritten Besitzer an diesen noch nicht zur Pflicht gemacht, wohl aber im Augsb. Stat. (Walch IV. 395). — Eben so, wie dem Deponenten, wird dem Herrn hier gestattet, sich zu dem Gute zu ziehen als ob es ihm gestohlen oder geraubt wäre (Verm. S. Sp. a. a. O. Gosl. Stat. [Göschen] S. 99. Z. 3—4), was nur auf den Fall gehen kann, wenn es dem Dienstboten vertraut, und nicht von diesem selber gestohlen war. Vgl. Cropp a. a. O. S. 60. 61.

Digitized by Google

stateten Zwecke nicht verwendet hatte [43]), oder wenn er ein Vermiether war, dem das Gut auf sein Lager gegeben worden [44]). — Kann man nun nicht sagen: weil er hier das Gut freiwillig aus seinen Geweren entlassen, so hatte er eine juristische Gewere verloren; so kann man auch nicht e contrario argumentiren: daß, wo unfreiwillig das Gut aus seinen Geweren gekommen, er eine solche zurückbehalten habe. — Findet man die Ausdrücke: sich zu dem Gute ziehen, sich dessen unterwinden, es anevangen, dort nicht, wo vermöge einer Gewere gerichtlicher Schutz erlangt wird; so kann man denn auch ferner nicht den Schluß machen, daß durch einen solchen Angriff die verlorne factische Gewere reproducirt oder anticipirt werde [45]). Ja, wäre sie reproducirt worden, so hätte, auch abgesehen davon, daß diese Reproduction den vorgängigen Beweis einer juristischen Gewere vorausgesetzt hätte [46]), dem Kläger der Gebrauch von Mitteln zum Schutze derselben zustehen müssen; solche hat aber nur der Beklagte. — Da nun nur diesem, nicht auch dem Kläger solche Mittel gegeben sind, so geht auch daraus hervor, daß letzterer keine factische Gewere reproducirt haben kann. Und wollte man sagen: die Verschiedenheit liege bloß in den Vertheidigungsmitteln

---

43) Lübsch. Recht v. 1240. art. 143. (Westph. mon. ined. III. 655; bei v. Hach, Cod. II. art. 193.) Stad. Stat. V. 15. (Pufend. I. app. p. 196). Hamb. Stat. 71. (Pufend. III. app. p. 46). Vgl. Gosl. Stat. (Göschen) S. 24. 25. Z. 42 u. 1—4 und andere Stellen bei Cropp a. a. O. S. 247. Note 17. — Den vom Handwerker verdienten Lohn kann aber der dritte Inhaber fordern. Gosl. Stat. a. a. O.

44) Bremer Stat. 43. (Pufend. II. app. p. 49).

45) Vergl. Albrecht a. a. O. §. 4. Die juristische Gewere ist nach Albrecht a. a. O. S. 26 „juristisch" von der factischen nicht verschieden, was so zu verstehen seyn wird, daß sie ebensogut, wie diese, zur Vertretung des Guts legitimire, also mit ihr gleiche Wirkungen habe. — S. aber dagegen unten nach Note 47. — Uebrigens ist aber auch, wenn man eine solche Gleichheit annimmt, nicht einzusehen, weshalb denn der Inhaber der juristischen Gewere noch erst, zum Behuf der Verfolgung des Guts, die factische Gewere reproduciren soll. Das wären also zwei Arten von Gewere, und die dritte wäre dann die, welche dem Beklagten abgestritten werden soll, das factische Innehaben.

46) Vergl. oben §. 1 nach Note 9.

Digitized by Google

oder in dem Inhalte der zu führenden Beweise, sonst sey die Stellung beider Partheyen gleich, jede schütze eine factische Gewere, und der Kläger, welcher so den Besitz reproducirt oder anticipirt habe, besitze insofern „in Wahrheit", als er eben so gut die processualischen Vortheile des Innehabers genieße, als der wirkliche Inhaber; so ist grade diese Gleichheit keineswegs vorhanden [47]. Denn der Beklagte ist immer der nächste zum Schutze des Guts [48], was grade darin seinen Grund hat, daß dem Kläger die Were fehlt [49]; und wenn der Beklagte seine Gewere nicht schützen kann, so unterliegt er dennoch nicht, wenn der Kläger nicht ein Recht beweiset [50]. Gleichheit der Partheien findet sich nur darin, daß Beide überhaupt processualische Befugnisse zum Zwecke der Erhaltung oder der Erlangung des Gutes haben, daß sie es vertreten, es verantworten können [51]; aber die Art und Weise, wie dies geschieht, und die Zulassung zu dem Gebrauche der dazu dienenden Mittel ist nach der Stellung der Partheien verschieden [52].

Sobald aber das alte germanische Verfahren unterging, konnte überall von einer Gewere in der Bedeutung, daß sie der unmittelbare Grund des richterlichen Schutzes sey, das Recht, welches sie

47) Eine solche Gleichheit findet sich dahingegen, wenn beide gleiche rechte Gewere an Immobilien erwiesen haben.

48) Vgl. oben §. 1 Note 24. Sächs. Ld.R. II. 36. Richtst. Ld.R. 17. Hierher gehört auch Richtst. Ld.R. 16... Na deme dat he yt in geweren hedde vnde ſynes vorvaren ghewesen were, vnd wolde dat bewyſen als recht were etc. So vintme he weres neger.

49) Gosl. Stat. (Göschen) S. 81. Z. 10—12. Welkerleye gut en in ſinen weren heſt, it ſi ervegut oder varende gut, dar ſcal he vore antworden billiker denne de de der were darvet.

50) Vgl. oben §. 1 Note 31.

51) Daß das Vertreten, Verantworten, diese Bedeutung hat, zeigen die bei Albrecht a. a. O. S. 27. 28. Note 62a allegirten Stellen, und daß diese Ausdrücke auch vom Kläger gebraucht werden, kann demnach schwerlich mit Albrecht a. a. O. S. 27 als ein Argument für eine juristische Gewere desselben benutzt werden. Denn der Sinn der Worte zeigt keineswegs: daß sich in der Idee dieser Vertretung der Vereinigungspunkt zwischen der dinglichen Klage und dem Besitze finde, so daß jene nur eine Fortsetzung oder eine Anticipirung des letztern sey.

52) Vergl. z. B. Richtst. Ld.R. 16.

Digitized by Google

schütze, aber nur der Gewere ihre Qualification gebe, keine Rede mehr seyn. Denn dies müßte im spätern Prozesse sich umkehren. Das Recht begründete hier den Schutz; die nicht in einem Besitze bestehende eigne Gewere des Berechtigten konnte nur insofern noch als von Bedeutung gedacht werden, als man in ihr, indem man an die alten Ansichten sich anzuschließen suchte, den Grund des absoluten Characters des Schutzes in den Fällen fand, wo sie früher der Grund derselben gewesen war, nemlich bei Immobilien. Die Gewerleistung von Seiten der Auctoren mußte, seitdem jeder sein Recht selber zu vertheidigen befugt und dieses der unmittelbare Grund des Schutzes war, eine bloße Evictionsleistung werden. Nur mußte man, wenn man den derivativen Erwerb eines Rechts zu erweisen hatte, sich allerdings auf seine Auctoren berufen, in diesem Sinne seinen Gezug auf sie nehmen [53]); und so konnte man sie denn auch noch Geweren nennen, wenn sie auch nicht mehr eigentliche Gewerschaft durch Vertretung leisteten. Dies konnte aber auch im früheren Verfahren, wo es noch eigentliche Geweren gab, dann eintreten, wenn der Gewere nicht mehr in der Lage war, Vertretung leisten zu können, und eben so wenig gewerleistungspflichtige Erben desselben vorhanden waren. Der Richtsteig des Landrechts kennt schon den Fall, daß der Beklagte, statt zum Schutze des beweglichen Guts sich auf die Geweren zu ziehen, den Beweis führt, daß das Gut seinen Vorfahren gehört; und daß dieser Beweis die Stelle der Vertretung durch die Geweren, oder des Schutzes der Gewere, vertritt, zeigt sich darin, daß der Beklagte zu diesem Beweise, eben so wie zu der Schützung der Gewere, näher ist, als der Kläger zu dem Beweise, daß er ein Recht an dem Gute habe [54]). Gleiche Lage entsteht bei dem Ehemanne, der an den Gütern der Frau, vermöge der ehelichen Vormundschaft, die Gewere der Frau hat, zum Schutze derselben sich also auf sie berufen muß, ohne durch sie vertreten werden zu können. Dieses Berufen auf die Auctorschaft der Frau ist also seine Gewere, und in diesem Sinne hat auch der Kläger bei Mobilien eine Gewere, wenn er sein Recht durch derivativen Erwerb erweiset; aber es ist dies keine Gewere an dem Gute, sondern ein Analogon des Gewerschaftsverhältnisses,

---

53) Vergl. Sächs. Ld.R. I. 15. oben Note 39.

54) Vergl. Richtst. Ld.R. 16. oben Note 48 cit.

Digitized by Google

von diesem dadurch unterschieden, daß es nicht mit einer Vertretung durch einen Andern verbunden ist. Dieses Berufen auf die Auctorschaft der Frau wird denn auch dadurch nicht unwirksam, daß diese, nachdem die Dispositionsbefugnisse derselben schon auf den Mann übergegangen sind, über das Gut verfügt; damit wird seine Gewere, in diesem Sinne, nicht gebrochen; und in diesem Sinne allein redet die einzige Stelle, welche Albrecht für eine juristische Gewere an Mobilien beigebracht hat, von einer von der factischen Gewere am Gute verschiedenen Gewere in Beziehung auf fahrende Habe[55]), die aber ersichtlich ganz etwas anderes ist, als die juristische Gewere in Albrechts Sinne.

## §. 3.

### Von der Stellung und dem Einfluß der Regel: Hand muß Hand wahren, bei dinglichen Klagen wegen Mobilien.

Die Gewerleistungspflicht des Klägers erklärt zwar sein Unterliegen in dem Falle, wo er demjenigen, dem er das Gut freiwillig hingab, Eigenthum ertheilte. Allein eben dasselbe Unterliegen trat auch ein, wenn er ein Rückforderungsrecht gegen diesen behalten hatte, und zwar selbst dann, wenn dasselbe zur Zeit der Klage bereits geltend gemacht werden konnte. Dieß muß aus anderen Grün-

55) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme dipl. Beitr. VI. 152; wo es heißt: un spricht der todtin frauen man... froginde sint demmale dat her alle farende habe mit seiner rechtin ehefrawen beyde leyb und gut yn seyne vormundeschaft und yn seyne gewere entpfangin und genomen hette und her auch dy slossil darezu getragen hatte.... ob die vorg. frau ymandt wedir synen willen icht geantwortet hette, ob man seine gewere domete gebrechen mag? — Hierauf ist ein verneinendes Urtheil der Schöffen erfolgt. — Die erste Gewere dieser Stelle bezeichnet offenbar die ehevormundschaftliche, bei welcher denn die factische Gewere der Frau, vermöge seiner vormundschaftlichen Vertretung, die des Mannes werden mußte und hier in der That geworden war, die zweite Gewere ist die Berufung auf die Auctorschaft, und von deren Bruche ist hier die Rede, ähnlich wie im Sächs. Ld.R. II. 36. §. 7 o. §. 1 Note 31 cit. — So wie die Stelle bei Albrecht theilweise abgedruckt ist, tritt freilich jenes Verhältniß der Vormundschaft und der factischen Gewere nicht hervor.

Digitized by Google

den erklärt werden, als aus denen des Verfahrens. Wäre nur dann Zurückweisung des Klägers eingetreten, wenn er das Eigenthum veräußert hatte, so würde man wohl nie darauf gekommen seyn, es ausdrücklich auszusprechen, daß er im Falle der Entäußerung das Gut nicht mehr vom Dritten fordern könne, sondern man würde dieß als eine sich von selber verstehende Folge des Prozesses betrachtet haben. So bald aber der Kläger auch da, wo ihm noch ein Rückforderungsrecht zustand, mit demselben gegen dritte Inhaber ausgeschlossen seyn sollte, so bedurfte dieß einer besondern, das (sog. materielle) Recht unmittelbar berührenden Sanction; welche aber allerdings durch dasselbe Verfahren realisirt wurde, wodurch derjenige, welcher sein Eigenthum veräußert hatte, von dem Siege mit der Klage gegen Dritte ausgeschlossen wurde. — Eine solche kennt denn auch das deutsche Recht, die im Allgemeinen dahin geht, daß der Kläger, auch wenn er aus einem andern Grunde, als dem der Eigenthumsübertragung, das Gut freiwillig aus seinen Geweren gelassen haben sollte, dennoch mit seiner Klage gegen dritte Inhaber nicht durchdringen könne, sondern nur eine Forderung [1]) an denjenigen habe, dem er das Gut überlassen [2]). — Diese, ein vorhandenes Rückforderungsrecht beschränkende, Sanction findet sich schon in den ältesten Quellen [3]), und sie spricht in ihnen der Sache nach bereits den Grundsatz: Hand muß Hand wahren, aus, wenn er sich auch der Wortfassung nach erst später findet [4]). — Darin aber findet sich Verschiedenheit, ob man für die Realisirung dieses Grundsatzes schon sofort bei der Einleitung der Klage ein Mittel anwendete, oder ob man seine Realisirung lediglich dem Resultate des Verfahrens überließ. Der Eid nämlich, welchen der Kläger bei der Erhebung

1) Vgl. oben §. 1. Note 25.

2) Sächs. Ld.R. II. 60. §. 1. Verm. S. Sp. IV. 13. 13. Freib. Stat. (Schott III. 299.) — Die erstere Stelle spricht indeß dem Eigenthümer die dingliche Klage gegen Dritte gar nicht ab, sondern nur die Forderung gegen dieselben. — Vgl. auch das damit fast wörtlich übereinstimmende Lüb. und Hamb. R. bei von Hach, Cod. III. Abth. 2. a. 372.

3) Vergl. die Cit. unten Note 5. und L. Liutpr. VI. 78. oben §. 2. Note 41. cit.

4) Zuerst im Verdenschen Stat. (aus dem 14. Jahrh.) 57. bei Pufend. I. app. p. 98. Vgl. Eichhorn, Einl. §. 171. Note l.

Digitized by Google

seines Angriffs zu leisten hatte, konnte nur den Zweck haben, ihn von einem Angriffe abzuhalten, den er auf rechtmäßigem Wege nicht durchsetzen konnte. Dieser Eid gieng nach einigen Rechten dahin, daß er das Gut nicht mit seinem Willen in fremde Gewere gelassen [5]), oder daß es das seinige und auf unrechtmäßige Weise seiner Gewere entfremdet [6]), oder aber zweitens blos dahin, daß es das seinige sey [7]). Betrachtet man nun das wirkliche Vorhandenseyn

---

5) Leg. Wall. lib. 3. §. 38. 39. (ed. Wott. pag. 215 b.), wo der Eid dahin geht: et idem se nunquam, vel dono, vel commodato, vel deposito, vel venditione alienasse, sed furto, vel se inconsulto ablatum fuisse, vel per negligentiam amissum." — Freib. Stadtpriv. von 1120. a. 57.: „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam repetere vel sibi vendicare audeat, nisi juramento probaverit, eam sibi furto vel praeda fuisse sublatam."

6) Verm. S. Sp. IV. 13. 1. (bei Ortl. IV. 42. 2.) ... wer ein pferd anefangen wil, ... sal dem pferde obir dem haupte sweren, dass es zu der zit sin were, do es im abgestolen were und auch noch sin si. — Sächs. Weichb. 133. ... und soll schweren auff die heyligen, dass es sein gewesen sey, und noch sein ist, und dass es ihm abgestohlen und abgeraubet sey. — Vgl. §. 1. Note 28. — Wo es dieses Eides zur Einleitung bedarf, da kann man auch die von Gaupp a. a. O. S. 142. 143 verneinte Frage gar nicht aufwerfen: ob der Beklagte, dem Bruch an der Gewere wird, einen Reinigungseid wegen Diebstal und Raub zu leisten genöthigt werden könne, ehe der Kläger jenen Eid leistet? — Allein damit ein solcher Eid zu leisten sey, ist immer die Beschuldigung erforderlich, daß der Beklagte der Dieb oder Räuber sey (vergl. Sächs. Ld.R. II. 36. §. 5.), diese aber auch ohne Eid genügend. Vgl. Rogge a. a. O. S. 212 ff.

7) Gosl. Stat. (Göschen) S. 98. Z. 19 ff.: We en gut beholden wel dat he gheanevanghet heft, de schal spreken, do he dat gut nilkest seghe, dat it do sin were unde noch sin si: dat ime god also helpe unde de hilleghen. Darna scolen twene bederve man swern dat de edh reyne si unde unmenedlich: dat in god also helpe unde de hilleghen. — Dieser Eid, eben so wie der Note 6 gedachte, muß aber von dem: selp dritte sich zu dem Gute ziehen, im Sächs. Ld.R. II. 36. §. 7 unterschieden werden, was bei Gaupp a. a. O. S. 141. Note 50 nicht geschieht. — Die letztere Stelle deutet überall nicht darauf hin, daß hier von Eideshelfern die Rede sey; man

Digitized by Google

der zu beschwörenden Umstände als die wesentliche Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage, so ist jene beschränkende Sanction im erstern Falle die Aufhebung einer Klagenconcurrenz, die Versagung einer dinglichen Klage für den Fall, wo in Ansehung desselben Gegenstandes eine persönliche durch Vertrag erworben ist [8]); im zweiten ist der Angriff an sich nicht ausgeschlossen, aber er wird im Resultate dadurch vereitelt, daß der Kläger die Handlungen desjenigen, dem er das Gut vertraute, auch gegen sich gelten lassen muß [9]), und jene Sanction stellt im Verhältnisse zu Dritten ein Repräsentations-Verhältniß auf zwischen demjenigen, der sein Gut einem Andern vertraute, und diesem in der Art, daß es in Ansehung der Gewerschaft ganz gleich ist, ob jemand von ersterm oder letzterm das Gut erworben hat. Es paßt hier auch die Parömie: wo jemand seinen Glauben gelassen hat, da muß er ihn wieder suchen [10]). Je-

muß sie vielmehr von Zeugen verstehen. Denn es ist nicht einzusehen, warum hier eine andere Beweisart gefordert seyn sollte, als im §. 4 das., wo ersichtlich von Zeugen die Rede (verb.: die dat weten dat it ime düflike oder röflike gelosnt si); da beide Paragraphen von dem Falle reden, wo dem Beklagten Bruch an der Gewere wird. Vgl. oben §. 1. Note 31. und §. 2. nach Note 6.

8) In den Fällen der Note 6 würde aber auch dann, wenn durch bloßes diebliches Behalten das Gut dem Eigenthümer entfremdet worden, z. B. wenn er es verloren hätte, ihm also desfalls keine Forderung erworben wäre, die Klage gegen Dritte ausgeschlossen seyn, wenn man auf die Eidesworte sähe. — Dieß ist indeß nicht anzunehmen (vgl. oben §. 2. Note 23. 26.); und jedenfalls könnte aus diesem Grunde der Ausschluß nur den eigentlichen Anfang treffen.

9) Daher können dieselben Statuten, welche die Beeidigung des Diebstals und Raubes beim Anfang überall nicht fordern (oben Note 7.), dennoch sagen (bei Göschen S. 98. Z. 15. 16.): Men un mag nicht anevanghen denne vordüret gut oder gherovet.

10) Vgl. Pütter vom deutschen Eigenthum S. 70. — Der Sinn beider hierher gehörigen Formeln ist offenbar derselbe, und auch die Verschiedenheit, daß die erstere (Note 4) die Sache in der „positiven und logischen" Weise behandle, diese aber sie „casuistisch und dialectisch" auffasse (Appelius a. a. O. S. 65.), dürfte sich schwerlich begründen lassen. — Allein nach Verschiedenheit der Partheienstellung sagt sowohl die eine als die andere von dem, der mit

Digitized by Google

doch geschieht auch im erstern Falle dann, wenn der Kläger falsch schwört, daß das Gut auf unrechtmäßige Weise seinen Geweren entfremdet sey, die Realisirung des Grundsatzes erst dadurch, daß das Verfahren auf einen Auctor führt, den der Kläger als seinen Repräsentanten gesetzt hat; eben so wie, wenn der Kläger falsch schwört: daß das Gut sein sey, erst das Zurückgehen auf einen Auctor, welcher von dem Kläger Eigenthum übertragen erhielt, die diesem obliegende Gewerleistungspflicht die Klage vereitelt. Diese Stellung ändert sich erst, wenn das Verfahren sich dahin gebildet hat, daß die Klage nicht mehr ein bloßer Angriff ist, so daß es möglicher Weise auf ein ihr zum Grunde liegendes Recht für den Erfolg derselben gar nicht ankommt, sondern vielmehr ein solches Recht, das über das Schicksal der Klage zunächst entscheidende Moment bildet. Denn erst dann kann die Vorstellung Platz greifen, daß die Wahrheit eines solchen Grundes der Klage die Bedingung ihrer rechtlichen Zuständigkeit sey, und daß, wer mit der Klage unterliege, auch überall rechtlich nicht die Befugniß gehabt habe, sie zu erheben. Hier muß sich denn die Beschränkung des Klagerechts für den Fall der freiwilligen Entlassung aus den Gewehren als ein directer Ausschluß der Concurrenz der dinglichen Klage darstellen [11].

Sollte aber ferner dem Eigenthümer, der sein Gut freiwillig aus seinen Gewehren ließ, auch die dingliche Klage gegen denjenigen abgeschnitten seyn, dem sein Contrahent keine Gewer zu leisten hatte, wie gegen denjenigen, der diesem sie gestohlen, so konnte dieß doch durch ein solches Repräsentations-Verhältniß, welches den Eigenthümer an seiner Statt zur Gewerleistung nöthigte, nicht bewirkt werden. Hier scheint nur directe Versagung der Klage zum Zwecke führen zu können. — Um aber dieser Versagung Wirksamkeit zu geben, zeigt sich in den Quellen kein anderes Mittel, als der bei der Ein-

einem Andern in contractlichem Verhältniß in Ansehung seines Guts steht: er muß für die Dispositionen des Andern Gewer leisten, sie anerkennen, oder: er kann nicht gegen Dritte klagen.

11) Dazu würden denn die verschiedenen Annahmen, daß wer sein Gut einem Dritten anvertraue, diesem interimistisches Eigenthum gebe, oder der Vindication entsage, oder vermöge der darin liegenden Vernachläßigung seines Eigenthums von derselben ausgeschlossen werde, zwar passen. Allein sie sind durchaus willkürlich. Vergl. Appelius a. a. O. S. 80 ff.



Digitized by Google

leitung der Klage zu leistende Eid; und wo dieser den Kläger nicht abhielt, die Klage zu erheben, da mußte dem dritten Inhaber Bruch an der Gewere werden, und der Kläger siegen, wenn er sein Eigenthum erwies. — In den Fällen nun, wo der Contrahent, dem der Eigenthümer das Gut vertraut hatte, diesem wegen des ihm gestohlenen Guts nicht verantwortlich war [12]), konnte aber auch der Eigenthümer, der eine eigentliche Diebstalsklage hier nicht hatte, auf keine andere Weise sein Gut wieder erlangen [13]). — Für den Fall aber, wo eine solche Haftung des Contrahenten stattfand, und diesem eine Diebstalsklage gegeben war, galten keine anderen Regeln des Verfahrens; es mußte also auch hier die Eigenthumsklage durchgesetzt werden, und zwar selbst da, wo Gesetze sie für diesen Fall untersagt hatten [14]), wenn nicht etwa der Dieb, oder der dritte Inhaber selber sich auf den bestohlenen Contrahenten als Gewere zog und dieser in der That Gewere leistete [15]). Denn dann erst konnte der Eigenthümer auf den Entschädigungs-Anspruch gegen ihn beschränkt seyn, und so das Resultat herauskommen, welches einige Gesetze aussprechen, ohne daß sie sagen, auf welche Art es zur Verwirklichung gekommen, nämlich dieses, daß der Dieb nur von demjenigen in Anspruch genommen werden soll, den er bestohlen hat [16]).

## §. 4.

### Ueber den rechtlichen Charakter des Verhältnisses des Eigenthümers und desjenigen, dem er sie anvertraute, zum dritten Inhaber.

Wenn man in den deutschen Rechtsquellen demjenigen, der mit seinem Willen ein Gut aus seinen Geweren gelassen hat, die Klage

12) Vgl. unten §. 4. Note 8.

13) Nahm hier der Eigenthümer es genau mit dem Eide: daß ihm das Gut gestohlen oder geraubt; so behielt offenbar der Dieb das Gut. Oder kann man den Eid so verstehen: daß es so gestohlen oder geraubt, daß er Schaden dadurch leide? Und konnte er dann diesen Eid auch schwören, wenn er das Gut verloren hatte? — vgl. oben Note 8. — Alle diese Umstände deuten darauf hin, daß dieser Eid nicht wörtlich zu nehmen und daß sein Sinn nur der ist, eine gerechte Sache zu haben. Vgl. oben §. 1 nach Note 21.

14) Vgl. oben §. 2. Note 41 a. E.

15) Vgl. unten §. 4. Note 28.

16) Vgl. §. 2. Note 41 a. E. und unten §. 4 Note 6.

Digitized by Google

gegen dritte Inhaber abgesprochen findet, so kann man sich zu der Ansicht geneigt finden, daß ihm dadurch auch das Eigenthum an demselben verloren gegangen sey. Allein dagegen reden doch mehrere Gründe. Man müßte nämlich dann entweder annehmen, daß es in der That gar kein Eigenthum an Mobilien gegeben habe, sondern nur Besitz, oder daß in solchem Falle das Eigenthum immer auf den Empfänger übergegangen sey. Bei der erstern Annahme würde man aber genöthigt seyn, auch demjenigen, dem ein Gut geraubt oder gestohlen worden, oder der es verloren hat, alles Recht an demselben abzusprechen. Will man die Worte urgiren, so kann man selbst ein Zeugniß hiefür aufweisen [1]). Die in diesen Fällen gegen den dritten redlichen Besitzer gestattete Klage würde dann nur gleichsam eine condictio sine causa seyn [2]). Allein dagegen spricht, daß der Kläger bei Anstellung der Klage den Eid zu leisten hatte, daß das Gut noch sein Eigenthum sey [3]), und daß er selbst im Laufe des Verfahrens in die Lage kommen konnte, sein Eigenthum erweisen zu müssen [4]). — Für die letztere Annahme könnte man anführen, daß, wenn dem Geber keine Klage gegen den Dritten zustand, doch der Empfänger sie gehabt haben müsse, dieser aber nur klagen könne, wenn er Eigenthum gehabt, weil er ja zu diesem Ende ebenfalls Eigenthum beschwören und beweisen müsse [5]). Allein es findet sich dennoch der Ausspruch, daß jemanden ein Gut gestohlen werden könne, was nicht das seinige sey, und daß er deshalb eine Klage habe [6]). — Versteht man nun darunter nur eine Strafklage

---

1) Verm. S. Sp. III. 8. 4. ... was ein man vindet ... komt denne jener, dem is czugehört hat. Vgl. auch unten Note 6.

2) Dafür könnte man anführen: Richtst. Ld.R. 11. De borgelike klagen komen dar van, dat de kleger klaget dat N. dat vnder sick hebbe, dat he bilker hedde.

3) Vgl. oben §. 3. Note 6. 7. Daraus, daß dieser Eid nicht wörtlich zu nehmen (vgl. oben §. 3. Note 13.), folgt noch nicht, daß man in denselben etwas aufgenommen, worauf es überall nie ankam.

4) Vgl. oben §. 1. Note 31. §. 2. Note 3. 39. §. 3. Note 7.

5) Denn dieß wird ganz allgemein für die dingliche Klage gefordert. Vgl. die Note 3 und 4. nachgewiesenen Noten.

6) Schwäb. Ld.R. Cap. 253. §. 4. 5. (bei Laßb. Cap. 230.): Und ist das mir eyn gut verstolen wird, dass nit mein ist, do sal ich der



Digitized by Google

gegen den Dieb selber [7]), was die richtige Ansicht seyn mögte [8]), so bedurfte es zu derselben freilich der Beeidigung und des Nach-

---

klager umb seyn und stirbe ich, oder entweiche ich von der klage, so sal der klagen, des das gut was. Vgl. Gaupp a. a. O. S. 128.

7) Daß dem bestohlnen Commodatar u. s. w. der Anfang zustehe, nimmt freilich Gaupp a. a. O. S. 128 als bekannt an, aber gewiß mögte es dennoch nicht seyn. — Ueber Zurückforderung des Guts mit der Strafklage: oben §. 1. Note 26.

8) Denn einestheils war doch nur derjenige sicher mit der dinglichen Klage durchzukommen, der Eigenthum erweisen konnte (oben not. 4.). Anderntheils concurrirt aber auch diese Klage des Bestohlnen hier mit der Klage des Eigenthümers gegen den dritten Inhaber; denn sie wird in Fällen gestattet, wo diese nicht ausgeschlossen ist (vgl. oben §. 2. Note 43.): Ostfries. Ld.R. Cap. 292. §. 1. (v. Wicht S. 611.): Wenner dat einem Schnyder Kleider gebracht werden etc. und darna werden dan dem Schnyder de Kleyder gestaelen, so mach de Schnyder um Deverye klaegen, und nicht de Here des Kleides. — Hier ist wörtlich nur von der Diebstalsklage die Rede, und es ist doch auch nicht wahrscheinlich, daß beide die dingliche Klage gehabt. — Indeß steht dem Nichteigenthümer die Diebstalsklage nur zu, wenn er für den Diebstal haftet (vgl. Cropp a. a. O. S. 243—266.). Ostfr. Ld.R. I. Cap. 101 a. E. (v. Wicht S. 212.): Item so einer dem andern Guet deit tho verwaren, und demsülven dairna verstaelen werde, wowoll he allen Vlyt angewendet hefft, umb datsülve truvlich tho verwaeren so mach de Here dessülven Guedes umb Deverie klagen. — Diese Haftung findet sich immer bei denjenigen, welche Lohn bekommen, Hamb. Stat. von 1292. H. 23. von 1497. L. 8. (bei Anderson). Nach älteren Rechten ist aber auch der Depositar verpflichtet, das Gut vom Diebe durch Klage zu fordern und (ohne Buße) dem Deponenten auszuliefern: Lex Wisig. V. tit. 5. c. 3. Lex Bajuv. tit. 14. c. 14. Vergl. L. Langob. Liutpr. VI. 78. — Nach mittlerm deutschen Rechte haftet aber der Depositar nur für Verschulden. Sächs. Ld.R. III. 5. und die bei Cropp a. a. O. S. 70. 71. Note 47. cit. Stellen. — Die Haftung, als Grund der Zuständigkeit der Klage wegen gestohlnen Gutes, tritt noch auffallender hervor bei dem Dienstherrn in Ansehung des seinem Dienstboten in seinem Dienste gestolnen oder geraubten Guts, welches er diesem ersetzen muß; aber, heißt es: darvor muz man ouch deme herren antwurten ob her dar uf klaget (Sächs. Ld.R. III. 6. Vgl.

Digitized by Google

weises von Eigenthum nicht; dann redet aber auch diese Klage nicht dafür, daß das Eigenthum immer durch das bloße Hingeben von dem Geber auf den Empfänger übergegangen sey. — Es reden aber überdieß auch andere Gründe dagegen, daß auf solche Art Verlust des Eigenthums eingetreten sey. Es wird nämlich demjenigen, der sein Gut freiwillig aus seinen Gewehren gelassen, dann eine Klage gegen den dritten Inhaber gestattet, wenn es ihm über die verabredete Zeit vorenthalten [9], oder derjenige, dem es anvertraut, verstorben ist [10]. Und durch diese Umstände könnte doch das einmal ver-

---

Verm. S. Sp. IV. 7. 3 — 5. Magdeb. Schöffenurth. von 1304. a. 90. [Schott I. 74. 75.]), und: der herre mag wol klager sein umb das gut wo er das vindet. das ist davon, dass er es dem knecht gelten muss (Schwäb. Ld.R. 255. bei Laßb. 259. vgl. Rigaisch Ridder R. c. 194. [bei Oelrichs S. 135.]). — Die Verletzung der Were scheint demnach bei der Zuständigkeit der Diebstalsklage nicht der entscheidende Gesichtspunkt zu seyn; und daß durch Diebstal der Friede der Were noch nicht verletzt sey, es daher weniger nothwendig scheine, dem Inhaber der Were Genugthuung, als dem, der durch den Diebstal leide, Ersatz zu schaffen, meint Cropp a. a. O. S. 239. — Indeß kann man diese Stellen so verstehen, daß nicht blos die Strafklage, sondern auch die bürgerliche Klage gegen jeden Inhaber dem Dienstherrn gestattet sey. Allein dann konnte diese, wie der dafür angegebene Grund zeigt, doch immer nur die Eigenthumsklage des Knechts seyn; und wollte man von dem Herrn auf Andere, z. B. den Commodatar, schließen, so würde man ihm nicht aus eignem Rechte, sondern aus dem Rechte des Eigenthümers eine dingliche Klage geben.

9) Sächs. Ld.R. III. 22. ... unterwinden muz sich ouch wol ein man sines gutes, swa erz siht mit rechte, daz (die niederdeutschen Texte bei Ludovici lesen: Vnderwinden ... synes Gudes war he sud met Rechte [myt Rechte, war he sunt] dat) man ime mit unrechte vorbeheldet uber bescheidene zit. — Verm. S. Sp. IV. 13. 13. 14. (bei Ortl. IV. 42. 14. 16.) ... wer dem andern icht sines gutis liet mit willen und helt her im nicht das vor wedir sinen willen und wedir recht, das mag her nicht geanefangen, sunder her mag is wol an jeme wedir vordern mit rechte.

10) Schwäb. Ld.R. Cap. 253. §. 4. 5. (oben Note 6.) Sächs. Ld.R. II. 60. §. 2.: Stirft aver inne rechtes dodes oder unrechtes so tie he sick to sime gude mit rechte iegen den erven oder iegen den

lorne Eigenthum nicht wieder aufleben. Man hat zwar diese Bestimmungen theils durch Kritik des Textes [11]), theils durch Einschränkung auf den Fall der Insolvenz des Nachlasses [12]) so zu deuten gesucht, daß sie überall nicht, oder doch nur im singulairen Falle, die Klage gegen den dritten Inhaber gestatten. Allein solche Operationen lassen immer unbefriedigt, wenn sie nicht durch schlagende Gründe unterstützt werden; und an solchen fehlt es hier. Es bleibt nun zwar noch die Frage zu beantworten übrig: wie sich denn diese Bestimmungen mit denjenigen einen lassen, welche das Klagerecht gegen den Dritten ausschließen? Diese Beantwortung wird indeß durch die Entwickelung der bereits angedeuteten Idee der Repräsentation gegeben. Sie ist dasselbe Prinzip, welches diesen Ausschluß, die

---

richtere, of it au yn geboret. Die Klage gegen den Erben ist hier also, eben so wie der Anspruch gegen den Richter, nicht die Forderungsklage (vgl. oben §. 2. Note 12.); und daß wenigstens dann, wenn der Erbe behauptete, daß das Gut seinem Erblasser gehört, die dingliche Klage wie gegen Dritte stattfand, zeigt der Richtst. Ld.R. 16. Denn hier wird wegen geliehenen Guts eben so geklagt, wie wegen Gutes, welches auf sonst irgend eine zur Klage berechtigende Art in die Hände der Erben gekommen ist. Indeß spricht Gaupp a. a. O. S. 126. dem Eigenthümer hier den Anfang gegen den Erben ab, und nach jüngeren Statuten, welche die Haftung des Erben vom römischen Gesichtspunkte auffassen, findet hier freilich die Forderungsklage gegen diesen Statt: Gaupp a. a. O. S. 127. 128. — Nach deutschem Rechte haftete aber doch der Erbe nicht aus einem solchen Vertrage, wenn er durch das entfremdete Gut nicht bereichert war. Sächs. Ld.R. I. 6. — Im Lüb. und Hamb. R. bei v. Hach Cod. III. Abth. 2. a. 372. heißt es indeß schon: Storve he ok he scholde dat vorderen up syne erven. —

11) So will wenigstens im Verm. S. Sp. IV. 13. 13. 14. (vgl. Note 9.) nach: helt her im, statt: nicht, lesen: icht: Cropp a. a. O. S. 68. Note 42. S. 297. Note 50.; unter Berufung auf den Zusammenhang. — Damit ist denn aber jedenfalls die andere Note 9 angeführte Stelle nicht beseitigt, deren Abfassern freilich Gaupp a. a. O. S. 130 Gedankenlosigkeit vorwirft, falls sie dem Eigenthümer eine wahre Vindication gegen Dritte gestatten wollen.

12) So Cropp a. a. O. S. 266—270.; und zwar, weil sonst die Gläubiger des Insolventen sich mit dem Schaden des Eigenthümers bereichern würden.

Digitized by Google

Regel: Hand muß Hand wahren, so wie jene Ausnahmen von dieser Regel [13]) erzeugt. — Das Wesen dieser Repräsentation besteht darin, daß der Eigenthümer denjenigen, dem er sein bewegliches Gut zu dessen eignem Nutzen in die Hände gegeben, für die Zeit, auf welche er ihm diese Benutzung und Innehabung gestattet, auch als denjenigen anerkennen muß, welcher statt seiner Dritten gegenüber mit rechtlicher Wirkung Besitzhandlungen an dem Gute ausübt [14]), ihm aber auch dagegen wiederum für das Gut einstehen muß. Letzterer hat ein von dem Eigenthümer abhängiges, aber dem Eigenthume coordinirtes, Recht an dem Gute selber, ähnlich, wie derjenige, dem ein unbewegliches Gut geliehen ist [15a]). Wer von ihm seinen Besitz herleitet, dem wird die Gewere

13) Denn daß: wer sein Gut einem Andern leihet, entweder um Liebe (Commodat) oder um Lohn (Miethe), oder es ihm versetzt (aber nicht, wenigstens nicht nach allen Rechten, wenn er deponirt: vgl. §. 2. Note 41. 42.), regelmäßig blos eine Forderung gegen den hat, dem er es ließ (Gaupp a. a O. S. 119.), bleibt immer noch eine Folge jenes Prinzips; welches aber umgekehrt aus jener Regel, verbunden mit ihren Einschränkungen, bei der Beschaffenheit der Quellen, erst erkannt werden kann.

14) Nur so wird es erklärbar, daß man mit Gaupp a. a. O. S. 129 sagen kann: die Regel: nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet, gelte hier nicht. — Allein der Repräsentant giebt hier doch nicht mehr, als er selber hat; er giebt nur Besitz.

15) Der Unterschied zwischen diesem, und dem, welchem ein bewegliches Gut geliehen ist, liegt einzig und allein in den Besonderheiten, welche das persönliche Verhältniß zwischen Lehnsherrn und Vasallen und die rechte Gewere herbeiführt. – Daß bei der Leihe von Mobilien das persönliche Verhältniß als das stärkere und das dingliche überwiegende angesehen worden, ist die Auffassungsweise von Gaupp a. a. O. S. 122. 123. — Aber eine derartige Vergleichung zwischen dinglichem und persönlichem Verhältnisse mögte doch der deutschen Rechtsbildung nicht entsprechen, und die Sache so aufzufassen seyn: das Verleihen giebt, für die Dauer der Verleihung und im Verhältnisse zu Dritten, ein eben so gutes Recht wie die Eigenthumsübertragung, und in der Reihe der Gewährsmänner ist der Beliehene ein eben so guter Gewährsmann, wie der Eigenthümer. — Dann aber dürfte ein Character „vorwaltender Subjectivität" (Gaupp a. a. O. S. 124) hier freilich nicht ge-

Digitized by Google

nicht gebrochen, wenn er sich auf den Eigenthümer zieht; er hat das Gut nicht auf eine solche Art in Händen bekommen, daß er gehalten ist, es dem klagenden Eigenthümer herauszugeben [15b]), und dieser kann gegen ihn überall nicht zum Beweise seines Rechts gelangen.

In Ansehung der erstern Seite jenes Verhältnisses ist nun hervorzuheben, daß der Ausschluß der Klage des Eigenthümers gegen dritte Inhaber allgemein nur für den Fall ausgesprochen wird, wo er das Gut einem Andern zum Pfande oder zum Commodat übergeben [16]), also ihm auf eine bestimmte Zeit Befugnisse zum eignen Nutzen an dem Gute eingeräumt hatte; er wird beim Depositum dahingegen wenigstens in den älteren Sächsischen Rechten nicht anerkannt [17]). Der Depositar unterscheidet sich von dem Pfandgläu-

---

funden werden können, sondern vielmehr ein entgegengesetzter; indem da, wo nach römischer Auffassung nur ein persönlicher Anspruch auf Leistung, hier ein Recht an dem Gute selber entsteht. — Aber in dem Schutze des Gutes zeigt sich die Subjectivität, in dem Schutze der Immobilien dahingegen, in der rechten Gewere, die Objectivität herrschend.

15b) Vergl. oben §. 1. Note 30.

16) Sächs. Ld.R. II. 60. §. 1. (Verm. S. Sp. IV. 13. 13. Freib. Stat. (Schott III. 299). Culm. R. V. 6. Andere damit übereinstimmende Statute bei Cropp a. a. O. S. 239. 240. — Es heißt im Sächs. Ld.R. a. a. O. ... liet oder ſat ... to ſwelker wis he die ut von ſinen geweren lat, mit ſime willen ... — Daß diese letzteren Worte: to ſwelker u. s. w., nur erläuternder Zusatz sind (Cropp a. a. O. S. 258—262), ist um so weniger zu bezweifeln, wenn man erwägt, daß der Ausdruck Leihen im deutschen Rechte nicht bloß das Commodat, sondern auch Miethe, Pacht, Precarium, Lehn (Cropp a. a. O. S. 71. Note 48 und das. Cit.; wo auch das Darlehn dahin gezählt wird, was aber doch wohl durch Borgen, Verborgen [Sächs. Ld.R. III. 43. Richtst. Ld.R. 7] bezeichnet zu werden pflegt), also alle Arten begreift, wie man ohne Eigenthumsveräußerung mit Willen etwas aus den Weren läßt, mit Ausnahme der Verpfändung und des Deponirens. — Vgl. über diese weite Auslegung auch Appellius a. a. O. S. 66—70. — Das Commodat wird der Abkürzung wegen hier alle jene unter dem Leihen begriffenen Verhältnisse repräsentiren.

17) Dem Deponenten kann hier jedenfalls dann, wenn der Depositar den Verlust nicht verschuldet, die Klage gegen Dritte nicht abge-

Digitized by Google

biger und Commodatar namentlich dadurch, daß ihm überall keine Ausübung von Eigenthumsbefugnissen zum eignen Nutzen [18]) zu-

sprochen werden. Denn in diesem Falle haftet der Depositar nicht (Sächs. Ld.R. III. 5) kann also auch nicht gehalten seyn, zur Herbeischaffung des Guts eine Klage anzustellen. Allein auch wenn er den Verlust verschuldet, geben dem Deponenten die Klage die Gosl. Stat. (Göschen) S. 99. Z. 5–9. „Deyt men emme wat to truwer hant to behaldene, untvernet he (nemlich der Depositar, und nicht der Deponent, wie Kraut Grundr. S. 187 supplirt; dat oder wert it ime untvernet van sime ghesinde wedir sinen willen, dar mach de sich to ten deme dat unvernet is, also alse it ime vorstolen were: deme voghede ne wert aver de dritte del nicht".— Vgl. Verm. S. Sp. IV. 13. 5. (bei Ortl. IV. 42. 6.) Cropp a. a. O. S. 68. 69. Note 44. S. 253. Göschen a. a. O. S. 310. Note 4. Die Stelle des Verm. S. Sp. versteht zwar Gaupp a. a. O. S. 132. Note 48 von dem Falle, wo dem Depositar das Depositum vom Deponenten entwendet ist. Allein die Stelle der Gosl. Stat. zeigt, daß davon die Rede ist, wenn der Depositar entwendet. Denn dem: „entwendit her im das", in jener, welches Gaupp von einem Stehlen des Eigenthümers versteht, entspricht das: „untvernet he dat", in der letztern. Und wer mag es glauben, daß dem Depositar, der nicht für Entwendung Anderer haftet, das Depositum vom Deponenten, der es immer willkürlich zurückfordern kann, entwendet werden könne? — Wenn der Depositar unbedingt für das Gut haftet, weil er Lohn empfangen oder sich vertragsmäßig zu solcher Haftung verpflichtet hat (Cropp a. a. O. S. 72. Note 49. und dort cit. L. Wisig. V. 5. 1—3. L. Bajuv 14. c. 1 4 Lüb. R. Cod. Br. II. 239. III. 250. bei v. Hach Cod. II art. 195. R. Lüb. R. III. 3. art 1 u. 2) muß demnach in Ansehung der Klage des Deponenten dasselbe stattfinden. — Vergl. indeß auch oben §. 2. Note 41 a. E.

18) Schon das bloße Läugnen des Depositum macht das deponirte Gut zur Duwe. Vgl. die bei Cropp a. a. O. S. 44 abgedruckte Stelle der ungedruckten Görlitzer Glosse zum Sächs. Ld.R. II. 37. — Unterschlagung von Seiten des Depositars ist aber jedenfalls nur diebliches Behalten, kein eigentlicher Diebstal, weil das Gut nicht aus fremder Were hinweggenommen ist (Sächs. Ld.R. III. 22. Richtst. Ld.R. 47. Verm. S. Sp. IV. 13. 14); es hat also keine peinliche Strafe, sondern nur Buße und Wette zur Folge, die denn die Folge des Unterliegens beim Anfang ist (vgl. oben §. 1. Note 27. 28).

Digitized by Google

steht; er steht dem Dienstboten, dem ein Gut anvertraut, und

---

Von einer Unterschlagung von Seiten des Commodatars läßt sich aber auch diese Eigenschaft nicht behaupten (vgl. Cropp a. a. O. S. 66 ff. S. 358. Göschen a. a. O. S. 521). Denn es heißt im Richtst. Ld.R. Kap. 47... „bidde eines rechtes, offt gy yd don icht stelen do gy yt tum ersten vndüflike vte sinen weren mit synen willen brachtest efft du dar amme yenige not tho rechte liden dorvest dat du yt tho deme benomeden dage nicht wedder en brochtest. So vintme du ne dorvest"; – und es erhellt aus dem Vorhergehenden, daß der Kläger behauptete: „ick haddet yw gelegen vp ein dach, darna wurde gy yt stelende wech, tho nachtschlapender tydt"... – Mit Bestimmtheit läßt sich zwar aus dieser Stelle nur ableiten, daß die Strafanklage ausgeschlossen war. Denn es ist von einer solchen „vermengenden" Klage die Rede, welche aus einer peinlichen zu einer bloß bürgerlichen wird, und im Richtst. Ld.R. Kap. 35 heißt es: „Secht he denne He entfurde my myn gut dufliken in nachtschlapender tydt, da ick ene gelegen hadde. So vrage. Na deme dat he dith dingk ny düflike oder roflike vth synen weren brachte also he dessen dingk sulven bekannt, offte he dar yenneghe düfte oder roff an don mochte, dar mede he syn gesunt vorwerken muchte. So vintme he (ne?) muchte". — Für denselben Fall lautet in der bei Cropp a. a. O. S. 64 abgedruckten Stelle aus der görlitzer Handschrift die Urtheilsfrage so: »ab ich nu keinerley not darum leiden dürfe, die mir wider an ere noch an leibe schedlich muge seyn ab ichz ydoch wol uber den tag gehalden haette«, und die Entscheidung geht dahin: »er mag in doran wider dube noch roubis gezien von rechtiswegen«. — Allein der Commodant konnte doch mit dem Anfang nie gegen den Commodatar durchdringen, da dieser ja durch Beweis der Auctorschaft des Commodanten hier hinreichend gewert seyn mußte (vgl. oben §. 2. Note 35 und unten Note 22). — Daraus folgt aber nicht, daß er gegen dritte Inhaber keinen Anfang gehabt. Denn dieser konnte nicht den klagenden Eigenthümer, sondern nur dessen Repräsentanten direct als seinen Auctor aufstellen, was nur dann gegen jenen wirken konnte, wenn dieser zur Zeit der Entstehung der Auctorschaft noch zur Repräsentation befugt gewesen war. — Der Commodatar beruft sich auf den klagenden Commodanten im erstern Falle als auf seinen Contrahenten, im zweiten aber, wenn er dem beklagten dritten Inhaber die Gewere leistet, als auf seinen Vordermann; und

Digitized by Google

den in ähnlichen Verhältnissen stehenden Personen [19]) in dieser Hinsicht gleich. Wo indeß die Gesetze den Depositar, den Pfandgläubiger und Commodatar in der fraglichen Beziehung gleich behandeln [20]), da muß freilich das Merkmal aus dem Repräsentationsverhältnisse hinwegfallen, daß die Ausübung von Eigenthumsbefugnissen zum eignen Nutzen des Repräsentanten eingeräumt seyn müsse. — Beruht nun jener Ausschluß auf dem Grunde, daß der Eigenthümer für eine gewisse Zeit einem Andern die Ausübung seines Eigenthumsrechts übertragen hatte, so liegt es in der Natur des Verhältnisses, daß nach Ablauf dieser Zeit dasselbe erlischt, und nun der Klage des Eigenthümers gegen den dritten Inhaber kein Hinderniß mehr entgegensteht. Denn geht letzterer auch auf den Pfandgläubiger oder Commodatar, als seinen Auctor, zurück, so kann dieser doch jetzt nicht mehr den Eigenthümer repräsentiren. Damit wäre denn ein Grund dafür gefunden, weshalb der Eigenthümer auch hier sein Gut vom Dritten zurückfordern könne, wenn es ihm über die bestimmte Zeit vorenthalten wurde. Allein erwägt man, daß ihm auch nach dieser Zeit erst eine Forderung gegen seinen Contrahenten zustehen konnte, und daß es nach den Aussprüchen der Rechtsbücher doch Fälle gegeben haben muß, wo eine Forderung gegen den Contrahenten, aber keine Klage gegen dritte Inhaber zulässig war [21]), so befriedigt dieser Grund in seiner Allgemeinheit nicht: denn es hätten darnach solche Fälle nie eintreten können [22]). — Es wird nun aber auch nicht gesagt, daß die Klage

darin liegt die Verschiedenheit. — Dasselbe muß vom Pfandgläubiger gelten.

19) Vergl. oben §. 2. Note 42—44.

20) Vergl. §. 2. Note 41.

21) Denn die Note 15 cit. Stellen sagen: der Eigenthümer solle nicht zum Anfang befugt seyn, sondern nur Forderung gegen denjenigen erheben können, dem er das Gut hingab. — Dies kann nun ersichtlich doch nicht auf die Zeit gehen, wo ihm noch überall kein Forderungsrecht gegen letztern zusteht.

22) Daher kann man auch das Sächs. Ld.R. III. 22 nicht mit Hasse Zeitschr. f. geschichtl. R.W. I. 23. Eichhorn R.G. §. 361. 6. Einleitung §. 170 so verstehen, daß immer gegen den Dritten geklagt werden könne, wenn nicht zur rechten Zeit zurückgeliefert werde. Und auch durch die von Eichhorn angenommene Modification, daß

Digitized by Google

gegen dritte Inhaber stattfinde, wenn das Gut dem Kläger nur überhaupt nach der bestimmten Zeit vorenthalten werde, sondern nur, wenn dies mit Unrecht geschehe [23]). —

Wenn nun der Pfandgläubiger oder Commodatar vor Ablauf jener Zeit das Gut an Dritte veräußert hatten, und der Eigenthümer die während dieser Zeit von ihnen geschehenen Verfügungen über den Besitz als Handlungen seiner Repräsentanten anerkennen mußte, so war in diesem Falle das Vorenthalten des Guts gegen ihn kein Unrecht; jene konnten sich, wenn sie dem dritten Inhaber Gewere leisteten, auf ihn als auf ihren Vordermann beziehen [24]),

der Eigenthümer gegen denjenigen, dem er das Gut hingab, sein Eigenthum erstreiten müsse, aber dann, wenn er damit gesiegt, von dem dritten Inhaber das Gut herausfordern könne, bringt die Sache nicht mit den Note 15 citirten Stellen in Einklang; nach denen es den Fall geben muß, wo zwar eine Klage gegen den Commodatar oder Pfandgläubiger angestellt werden kann, aber gegen den durch diesen gewerten Besitzer überall kein wirksamer Anspruch besteht. Vergl. gegen Eichhorn auch Cropp a. a. O. S. 286 ff. und Albrecht a. a. O. S. 89. — Indessen lassen die Note 9 cit. Stellen sich auch nicht mit Albrecht a. a. O. S. 89. 90 so verstehen, daß, wenn der Commodatar oder Pfandgläubiger das Innehaben läugne, bei diesen zum Anfang geschritten werden dürfe. Zunächst kann diese Auslegung nicht für richtig anerkannt werden, sofern derselbe nur bei diesen gestattet seyn soll. Denn er soll sich seines Guts unterwinden dürfen, wo er es sieht. Ferner wird aber auch grade gegen diese der Anfang unbedingt ausgeschlossen. Verm. S. Sp. (bei Ortl.) IV. 42. 5. „Wer deme andern icht sines guts lihet mit willen, behalt he daz dissem vor wedder willen unde recht, daz mag he nicht anegefangen; he mus is wedder an deme furdern mit rechte«. — Der Richtst. Ld.R. Kap. 11, auf den Albrecht sich beruft, redet zwar von dem Falle, wo der Beklagte durch bloßes Läugnen des Innehabens sich gegen die schlichte Ansprache vertheidigt, deutet aber überall nicht darauf hin, daß ein solcher Beklagter gemeint sey, der aus einem Vertrage hafte. Gegen die Ansicht von Phillips a. a. O. S. 121: daß wenn der Commodatar u. s. w. die Rückgabe verweigert, bei ihm selber der Anfang zulässig gewesen, s. auch Gaupp a. a. O. S. 121. Note 57.

23) Vgl. oben Note 9.

24) Vgl. oben Note 18 a. E.

Digitized by Google

und er konnte nur Forderung gegen sie auf Entschädigung haben. — War aber

a) nach jener Zeit eine solche Veräußerung geschehen, oder

b) dem Pfandgläubiger oder Commodatar zu irgend einer Zeit das Gut wider seinen Willen entfremdet worden, ohne daß er sich der ihm deshalb zustehenden Klage bedient hatte, um sich in den Stand zu setzen, dem Eigenthümer sein Gut wiederum restituiren zu können;

so wurde es diesem mit Unrecht vorbehalten über bescheidene Zeit, und er konnte es in Anspruch nehmen, wo er es fand[25]). — Denn was den erstern Fall betrifft, so konnte nach Ablauf jener bescheidenen Zeit der Pfandgläubiger oder Commodatar doch nicht mehr Befugnisse haben, als der Depositar und diejenigen, welche diesem gleichstehen; ja sie konnten vielmehr überall keine Befugnisse mehr haben. Und wenn es sich auch nicht erweisen läßt, daß eine nach jener Zeit von ihnen geschehene Veruntreuung oder Entfremdung des Guts gegen den Eigenthümer dasselbe ebenfalls zum dieblichen Gute machte[26]), so ist doch keineswegs gesagt, daß nur wegen dieblichen Gutes eine Klage gegen Dritte stattfinde[27]). — Sie konnten also den klagenden Eigenthümer wegen der nach dieser Zeit geschehenen Veräußerungen nicht als ihren Vordermann auf-

---

25) Daher ist es denn auch keineswegs ein haltbarer Einwand, wenn Cropp a a. O. S. 291. 292 meint, daß der Zusatz: über bescheidene Zeit, in den Note 9 cit. Stellen nicht gemacht seyn könne, wenn dort von einer Klage gegen den dritten Inhaber die Rede seyn solle, indem, wenn eine solche überhaupt zulässig wäre, sie es auch in jener bescheidenen Zeit seyn müsse. — Daß dem Eigenthümer hier gestattet werde, dem Commodatar u. s. w. das Gut eigenmächtig hinwegzunehmen, meint Gaupp a. a. O. S. 131. 132. Allein: unterwinden mit Recht, heißt doch: gerichtlich Anspruch auf ein Gut machen; und worin sollte der Rechtsgrund liegen, der hier den Friedensbruch ausschlöße, da der Eigenthümer hier doch gewiß keine Gewere hat.

26) Vgl. oben Note 16.

27) Daß Diebstal oder Raub, oder diebliches Behalten, die Bedingung jeder Klage gegen dritte, auch fehlerlose, Inhaber des Guts sey, meint zwar Cropp a. a. O. S. 285. Vergl. indeß oben §. 2. Note 26. 27 mit Note 23. 24 das.

Digitized by Google

stellen, und also dem dritten Inhaber das Gut nicht geweren. — Im letztern Falle aber trat derselbe Umstand ein, zu welcher Zeit auch die Entwendung geschehen seyn mogte. Denn gesetzt auch, der dritte Inhaber hätte sich auf den Bestohlnen als Geweren gezogen, und dieser ihm Gewere leisten wollen, so brauchte der Eigenthümer doch nur insofern Gewere zu leisten, als diese Leistung eine Folge der Nothwendigkeit war, die Besitzhandlungen seines Repräsentanten anzuerkennen; und dieß war hier nicht der Fall [28]). Dann frägt es sich freilich: wie konnten die Rechtsbücher denn in solchen Fällen die Klage des Eigenthümers auf den Fall beschränken, wenn sein Contrahent durch Flucht oder Tod außer Stand gesetzt war, seine Pflicht, für das Gut einzustehen, zu erfüllen, und statt seiner das Gut mit Klage zu verfolgen [29]). Allein wenn diese Klage nur die Strafanklage gegen den Dieb war [30]), so liegt es zu Tage, daß diese Beschränkung dem Gesagten nicht entgegensteht. — Nur das könnte auffallen, daß im gedachten Falle dem nicht bestohlnen Eigenthümer auch die Strafanklage gestattet war [31]). Allein, hatte der Bestohlne die Strafanklage nur wegen seiner Entschädi-

28) Denkbarerweise konnte er fälschlich angeben, dem dritten Inhaber zur Gewerleistung gehalten zu seyn. Allein gelang es ihm damit durchzukommen, so wurde der Fall denn auch eben dadurch in den zuerst genannten verwandelt.

29) Schwäb. Ld.R. Cap. 253. §. 4. 5. (oben Note 6.). Daß die damit für andere Fälle dem Eigenthümer abgesprochene Klage nicht die dingliche, sondern die aus dem Diebstal sey, dafür läßt sich auch darin ein Argument finden, daß im Sächs. Ld.R. II. 60. demselben auch nur die persönliche Klage gegen Dritte abgesprochen wird (vgl. oben §. 3. Note 2.), so lange der repräsentirende Contrahent noch vorhanden ist. Zwar wird auch beim Hinwegfallen desselben ihm hier eine solche nicht gestattet; aber es wird auch der Fall, wo nach seinem Hinwegfallen das Gut sich bei anderen Personen, als seinen Erben oder dem Richter, befindet, hier gar nicht berührt. — Vgl. auch oben §. 2. Note 41.

30) Vgl. oben nach Note 6.

31) Daß die ihm gestattete Klage die Strafanklage war, dafür redet, daß es offenbar die Klage des Verstorbenen oder Entwichenen ist, welche dem Eigenthümer gegeben wird, und daß diesem die dingliche Klage ohnehin zustand. Vgl. oben Note 8.

Digitized by Google

gungspflicht gegen den Eigenthümer [32]), so scheint es nicht inconsequent zu seyn, daß man in solchem Falle dem Eigenthümer statt seiner diese Klage gab, um so mehr nicht, als gegen seine Erben der Entschädigungsanspruch hier nicht bestand, da sie ja nicht bereichert waren, und er sich gegen sie oder den Richter nicht zu dem Gute ziehen konnte [33]), weil sie es nicht hatten. — Und dieser Uebergang der Befugnisse von dem Commodatar oder Faustpfandgläubiger auf den Eigenthümer findet sich nach einigen Rechten, und zwar ohne Beschränkung auf den gedachten Fall, noch weiter ausgebildet in der Bestimmung, daß dieser das verliehene oder versetzte Gut gegen Dritte in derselben Art aufzulösen berechtigt ist, wie jene selber, z. B. wenn es von ihnen wiederum verpfändet oder bei ihnen mit Arrest belegt worden [34]). Denn will man nicht ohne Nothwendigkeit annehmen, daß das deutsche Recht sich hier eine Inconsequenz habe zu Schulden kommen lassen, so kann man diese Bestimmungen nur auf den Fall beziehen, wenn die Verpfändung oder Arrestanlegung zu einer Zeit geschah, wo dem Eigenthümer noch kein Rückforderungsrecht zustand. Waren sie nach der Zeit geschehen, so konnte der Eigenthümer nicht mehr gehalten seyn, sie als ihn bindende Handlungen anzuerkennen, und es konnte ihm nicht zugemuthet werden, bei der Rückforderung diejenigen Bedingungen zu erfüllen, welche der Commodatar oder Pfandgläubiger, wenn sie selber die Rückforderung vorgenommen hätten, zu erfüllen gehabt haben würden. — Aber auch in Ansehung der vor jener Zeit entstandenen Verpflichtungen seines Repräsentanten, deren Erfüllung die Rückforderung bedingt, ist er nur zur Erfüllung genöthigt, wenn er vom Dritten zurückfordern will; er ist

32) Vgl. oben Note 8.

33) Vgl. oben Note 10.

34) Lübsch. R. von 1240. a. 144. (Westphalen, mon. ined. III. 655. bei von Hach Cod. II. a. 194.) ... kumt det also, dat, deme dat gelenet is, dat verkofft, edder versettet, unde offte id bekümmert wert, oder holt et jemant up, dejenne, de dem andern dat gelennt hofft, is pflichtig, dat to losene, offe he dat wedder hebben will. — Bair. Ld.R. (Heumann, opusc. p. 153.) ... er mag es auch wol wider lösen alz teur es versetzt und verkauft ist. — Gewöhnlich betrachtet man dieß als Ausnahme von der Regel, z. B. Albrecht a. a. O. S. 95.; damit ist es aber noch nicht Abweichung vom Prinzip.

Digitized by Google

befugt, statt seiner zu erfüllen und dadurch sich den Weg zur Rückforderung zu bahnen; aber er selber steht in keinem vertragsmäßigen Verhältnisse zu dem Contrahenten seines Repräsentanten; die Nothwendigkeit der Gewerleistung beruht allein auf der Pflicht zur Anerkennung der Repräsentation 35), und nur dadurch wird ihm der Sieg mit der dinglichen Klage gegen diesen vereitelt. — Er kann also durch Nichterfüllung keinen Contractbruch gegen den Contrahenten seines Repräsentanten begehen. — Daraus erklärt es sich, daß er selbst das von seinem Repräsentanten verkaufte Gut durch Erstattung des Kaufpreises vom Käufer wieder einlösen kann 36). Man brauchte auch nicht das Prinzip der Repräsentation in Ansehung der Besitzhandlungen zu verletzen, um zu diesem Rechtssatze zu gelangen, sondern nur gegen die bloße Gewerschaft noch einen Beweis des Rechts des Klägers in Betracht zu ziehen. Denn dann konnte der Beklagte dem Kläger nichts weiter entgegensetzen, als daß dieser durch die Gestattung der Repräsentation ihm die Entziehung des Kaufpreises verursacht, und nur dafür Entschädigung fordern. Man darf also jene Repräsentation keineswegs als ein Bevollmächtigungs-Verhältniß, das Hingeben zum Commodate oder Pfande als eine stillschweigende Ermächtigung zu Veräußerungen, betrachten. Selbst eine ausdrücklich ertheilte Erlaubniß zu solchen Dispositionen hat die Bedeutung einer Bevollmächtigung nicht immer in der Art, daß der Ertheilende dadurch dem Contrahenten des Beauftragten verpflichtet würde, oder ihm gegenüber die Veräußerung als bindend anerkennen müßte, sondern diese Wirkungen treten zuweilen erst ein, wenn er zu dem, welcher eine solche Erlaubniß von ihm erlangte, in die Lage gekommen ist, daß dieser Anspruch darauf machen kann, durch die für seinen Contrahenten zu leistende Gewere von Entschädigungsleistung an diesen befreit zu werden. Dieß ist der Fall bei dem Trödler, dessen Verkauf der, welcher das Gut zum Vertrödeln hingab, erst dann anzuerkennen braucht, wenn er den Kaufpreis empfangen hat, wiewohl ihm das Recht, aus dem von dem Trödler geschlossenen Vertrage zu klagen, nicht versagt wird 37).

35) Vgl. oben §. 3. am Anf.

36) Vgl. die Cit. Note 34.

37) Augsb. Stat. 298. 393. (Walch IV. S. 300. 391.)

Digitized by Google

Nöthigung zur Gewerleistung durch die Handlungen eines Andern ist also der Grund, aus welchem der Eigenthümer mit der dinglichen Klage wegen beweglicher Güter ausgeschlossen wird; aus ihm lassen sich alle hierauf bezüglichen Bestimmungen erklären. Die Folgen desselben nur sind es, welche sich in den Sätzen der Rechtsbücher aussprechen, und es redet nicht gegen die Richtigkeit dieses Grundes, wenn diese Sätze in ihrer casuistischen Fassung sich nicht immer allseitig consequent ausdrücken, sondern nur von gewissen Seiten und für gewisse Fälle richtig gefaßt sind, welche ihren Abfassern grade vorschweben mogten.

Aus einem andern Gesichtspunkte muß es aber betrachtet werden, daß der Eigenthümer, wenn ihm sein Gut durch einen Andern entfremdet worden, der ihn nicht durch seine Handlungen zur Gewerleistung verpflichten konnte, dasjenige, was er diesem zu leisten schuldig, dem dritten Inhaber zu leisten hat, wenn er von diesem mit der dinglichen Klage das Gut zurückfordert. So muß er, wenn sein Dienstbote, der Handwerker, dem er das Gut zu verarbeiten gab, derjenige, der es gegen Miethe auf seinem Lager hatte, ihm dasselbe entfremdeten, dem dritten Inhaber gegen die Zurückgabe den Lohn oder die Miethe zahlen, welche jenen, das Gut entfremdenden, Personen zukommt [38]). — Die Sache wird sich nur so auffassen lassen, daß, weil die veruntreuenden Personen ihrer Pflicht zur Gewerleistung nicht nachkommen, der, dem die Gewere gebrochen wird, statt ihrer die Ansprüche geltend machen darf, welche sie bei Auslieferung des Guts an den Eigenthümer geltend machen dürfen. — Hieraus dürfte denn die Bestimmung geflossen seyn, daß diese Personen das Gut auch zum Betrage dieser Ansprüche gültig verpfänden können [39]), was auf andere Dispositionen nicht ausgedehnt werden kann.

§. 5.

**Resultat der Erörterung für die Frage über die juristische Gewere an Mobilien.**

Die Art und Weise, wie Albrecht eine juristische Gewere an Mobilien zu begründen sucht, wird sich so auffassen lassen:

38) Vgl. oben §. 2. Note 42—44.

39) Lüb. und Hamb. R. bei von Hach Cod. III. 2. a. 311.



Digitized by Google

1) daß sich in den Quellen sowohl in Ansehung von Immobilien als von Mobilien Fälle einer solchen Gewere fänden [1]. Dieser Punkt erscheint als im Vorhergehenden bereits direct erledigt [2]. Es wird dann ferner gesagt:

2) nur wenn man eine Gewere habe, könne man richterlichen Schutz für ein Gut, selbst wenn es ein bewegliches sey, erlangen und dasselbe vor Gericht vertreten, die juristische Gewere sey der einzige Grund einer dinglichen Klage in Bezug auf fahrende Habe [3], und diese Klage, der Anfang, finde Statt, wo eine juristische Gewere vorhanden [4], nämlich: wenn jemand wider seinen Willen den Besitz verloren (auch wenn er nicht Eigenthümer des Guts [5]), oder als Erbe klage, oder wenn ihm das Gut gerichtlich zuerkannt worden [6]; durch den Anfang werde die verlorne faktische Gewere reproduzirt [7].

Folgt man der Ansicht von Albrecht [8], so gibt es nach deutscher Rechtsbildung sowohl bei Mobilien als bei Immobilien ein besonderes Verhältniß, welches zur Vertretung eines Guts befugt, oder vermöge dessen man ein Recht an einem Gute unter richterlichem Schutze zu erstreiten ermächtigt ist, welches also von diesem zu erstreitenden Rechte verschieden seyn muß [9]. Dieses besondere Verhältniß hat zwei Formen, eine defensive und eine offensive; jene ist die faktische, diese die juristische Gewere.

Mag nun hier von der angegebenen Eigenschaft des Anfangs auf das Daseyn und die Bedeutung der juristischen Gewere, oder von dieser auf jene Eigenschaft des Anfangs geschlossen werden sollen, so stehen der Richtigkeit jener Ansichten doch immer die sich aus den Quellen ergebenden Sätze gegenüber, nämlich folgende:

a) wer eine dingliche Klage wegen Mobilien anstellt, braucht

1) Albrecht a. a. O. §. 5.
2) Vgl. oben §. 2. nach Note 54.
3) Albrecht a. a. O. §. 10. S. 85.
4) Ebendas. §. 10. S. 81.
5) Ebendas. §. 10. S. 83.
6) Ebendas. §. 4. S. 23. 24.
7) Ebendas. §. 4. Vgl. oben §. 2. nach Note 44.
8) Ebendas. §. 4. S. 26 ff.
9) Dagegen Gaupp a. a. O. S. 110.

Digitized by Google

keine Gewere zu erweisen, sondern nur ein Recht zu beschwören[10]), um das Gut vertreten zu können, welches letztere keine andere Bedeutung hat, als die einer Prozeßführung wegen desselben[11]);

b) außer der Einleitung durch Anfang gibt es noch eine andere Einleitungsart der dinglichen Klage wegen Mobilien, die schlichte Ansprache[12]);

c) bei den dinglichen Klagen wegen Mobilien wird die Anstellung derselben als das: sich zu dem Gute ziehen, sich des Gutes unterwinden, bezeichnet, und diese Ausdrücke werden nicht gebraucht, wo jemand vermöge einer Gewere klagt[13]);

d) das Ergreifen beim Anfang dient blos dazu, um das Innehaben des Beklagten zu constatiren, und ungeachtet desselben bleibt die faktische Gewere mit ihren prozessualischen Folgen bei diesem[14]);

e) auch der Eigenthümer, welcher das Gut freiwillig aus den Weren ließ, also jene sog. juristische Gewere verloren haben müßte, hat nur insofern und nur deshalb jene dingliche Klage nicht, als und weil er selber zur Werschaft gehalten ist, und sie steht demnach ihm unter Umständen noch zu[15]);

f) es läßt sich nicht erweisen, daß der Nichteigenthümer, aus dessen Weren das Gut wider dessen Willen entfremdet worden, eine solche dingliche Klage habe[16]).

Wenn nun nach der vorliegenden Ausführung das Eigenthum als der Grund der dinglichen Klage wegen Mobilien betrachtet wird, so soll damit nicht geläugnet seyn, daß der Rechtsbegriff des Eigenthums als solcher und an und für sich, nach altgermanischer rechtlicher Auffassungsweise von der Möglichkeit, das Eigenthum durch gerichtliche Hülfe zu realisiren, in der Regel nicht getrennt worden sey. Denn daß das Eigenthum nur in dem Erfolge des gerichtlichen

10) Vgl. oben §. 1. nach Note 9.
11) Vgl. oben §. 2. Note 51.
12) Vgl. oben §. 1. Note 27.
13) Vgl. oben §. 2. nach Note 8.
14) Vgl. oben §. 2. nach Note 44.
15) Vgl. oben §. 2. nach Note 34.
16) Vgl. oben §. 4. Note 7 und 8.



Digitized by Google

Verfahrens objectiv in's rechtliche Bewußtseyn trat, und abgesehen davon nur etwa als subjective Meinung einer Person bestand (welche Bedeutung es auch bei dem bei Anstellung der Klage zu leistenden Eide einnahm), man also demjenigen, der wegen der Gewerung seines Gegners gar nicht zum Beweise seines Eigenthums gelangen konnte, weder Eigenthum zugeschrieben, noch abgesprochen haben wird, dürfte durch die Beschaffenheit der Rechtsquellen außer Zweifel seyn [17]), und wird dadurch bestätigt, daß die Rechtsverhältnisse nicht durch abstracte Begriffe, sondern durch die Verfahrungsart geformt wurden. Muß man nun auch dieser Vorstellungsart folgen, wenn man das Wesen der germanischen Rechtseinrichtungen erfassen will, so ist zu jeder nicht casuistischen oder wissenschaftlichen Behandlung der Rechtsverhältnisse eine selbstständige Auffassung des Begriffs derselben doch unentbehrlich, und nach heutiger Vorstellungsart kann man es nicht vermeiden, zwischen dem Rechte selber und seiner Realisirung, zwischen dem Mangel einer Klage und der Vernichtung ihrer Wirksamkeit durch eine Einrede einen Unterschied zu machen. An die Stelle der Beeidigung des Rechts von Seiten des Klägers tritt jetzt sofort der Beweis seines Rechts, wenn es geläugnet wird; an die Stelle der Gewerung des Beklagten eine Einrede. Wo also früher der Kläger blos durch diese Gewerung, und weil er durch sie vom Beweise seines Rechts ausgeschlossen wurde, mit der Eigenthumsklage unterlag, wie wenn die Veräußerung seines Repräsentanten ihn gewerleistungspflichtig gemacht hatte, da darf man ihm heutzutage das Eigenthum nicht absprechen, und der Grundsatz: Hand muß Hand wahren [18]), wird nur als eine bloße Modification der Vindication aufgefaßt werden müssen [19]). Wo aber der Kläger auch

---

17) Vgl. diese Zeitschrift III S. 2—4.

18) Vgl. darüber auch Appelius a. a. O. S. 80 ff.

19) Dieß bestreitet Gaupp a. a. O. S. 119., weil dem Eigenthümer die Vindication unbedingt abgesprochen sey. — Indeß gibt er zu, daß der Eigenthümer an dem in der Hand des Commodatars befindlichen Gute eine ideelle Gewere habe a. a. O. S. 124. 125.), die doch bei ihm dem Eigenthume gleich ist. Und muß man ihm auch darin beistimmen, daß ein alter Schöffe hier eine Gewere des Eigenthümers geläugnet haben würde, so kann man dieß doch in-

Digitized by Google

in Ermangelung einer Gewerung des Beklagten deshalb unterliegen müssen, weil er das Eigenthum nie gehabt oder verloren hatte, da muß freilich die umgekehrte Ansicht Platz greifen.

---

sofern nicht, als es von einer solchen Gewere gelten soll, welche Eigenthum ist, sofern der heutige Rechtsbegriff des Eigenthums dem Schöffen beigewohnt hätte.

Digitized by Google

# VII.

## Etymologische Erklärung

des Verbum adfatimire (L. Rip. tit. 49) und des Substantivum adfatimus (ibid.) in den fränkischen Gesetzbüchern, Capitularien und Formeln *).

Von

**Prof. Dr. Wilbrandt in Rostock.**

Mitgetheilt durch Herrn Professor Beseler.

Mein Freund und College, Herr Professor Dr. Wilbrandt in Rostock, bemerkte mir neulich, daß er die Etymologie der fränkischen Affatomie, welche von mir (Erbvertr. I. S. 96.) aufgegeben wor-

---

*) Die substantivische Form wird auch adjectivisch gebraucht in Form. Lindenbr. 50: epistolas adfatimas. Das gestattet keinen Schluß auf ein entsprechendes fränkisches Adjectivum.

Es scheint neben dem Subst. adfatimus noch ein anderes nach der 1. latein. Decl. (doch ohne die Endung a) vorzukommen: affatomie; doch sind Gründe vorhanden, dies für einen zwischen dem fränkischen und lateinischen unvollständig flektirten Infinitiv zu halten (indem von jenem das n der Endung fortgelassen ward):

1. wegen des adfati*mi* in L. Rip. tit. 48. adoptare in hereditatem vel oder seu adfatimi (al. adfati*nni*re, womit eine mißglückte Emendation beabsichtigt sein mag).

2. Die abweichende Lesart zu der Ueberschrift L. Sal. tit. 49. de affato*mie* (Cod. Paris. afetumiae), welche der Cod. Guelf. darbietet: de adfatha*mire*, weist darauf hin.

Dem steht nicht entgegen Cap. III. Lud. Pii. ai. 819. c. 10. de affato*mie* dixerunt quod *traditio* fuisset; denn der verbale Ausdruck, welcher, weil er das Handeln bezeichnete, üblicher und geläufiger war, konnte sehr wohl durch das latein. Subst. wieder

Digitized by Google

den sey, gefunden zu haben glaube. Auf meine Bitten verstand er sich auch dazu, mir seine Ansicht schriftlich mitzutheilen, und übergab mir demnächst die folgende Untersuchung, welche ich mit seiner Erlaubniß jetzt bekannt mache. Denn mir erschien dieser Beitrag für das richtige Verständniß der altfränkischen Volksrechte, auch abgesehen von dem grammatischen Interesse, so bedeutend, daß ich dessen Veröffentlichung dringend wünschte, und ich bin überzeugt, die Freunde des deutschen Rechts werden mir dafür Dank wissen.

G. Beseler.

Zuvörderst ist herzustellen, was die Franken eigentlich sprachen. Das kann ich jedoch nur, indem ich meine Kenntniß vor dem etymologischen Zusammenhang dieser Wörter mit gleichen anderer altdeutscher Dialekte, welche als Resultat der Entwickelung auftreten sollte, auch schon vorweg benutze. Der Cirkel ist unvermeidlich, aber auch unverfänglich.

Die Theile der Composita sind deutlich: eine Partikel, ein Subst. mit m abgeleitet, und die Flexionen.

1. Der latein. Partikel ad entspricht die goth. at, ahd. az, agſ. ät ꝛc. (Grimm II. 717). Daß sie im Altfränkischen auch at lautete, ist ganz unbedenklich; denn die ahd. Verwandlung der tenuis in z beginnt erst etwa im 8. Jh. (Gr. I. 152 fl.).

2. Von dem Subst. ist das fa sicher, nicht so die Lingualis und der Vocal der Ableitungssylbe. Um von diesem zuerst zu reden in der einzigen sonst schlechten Lesart des Cod. Paris. afet*u*miae tritt u auf; im Cod. Guelf. adfath*a*mire, a; sonst o oder i. Diese beiden sind entschieden falsch. Für om möchte man die Schuld einer etwas undeutlichen Aussprache des um oder am, eher doch des um beilegen, die auch im Ahd. gewöhnlich genug war; im erklärt sich als Assimilation im Infinitiv: affat*i*m*i*re, und ging dann auch ins latinisirte Subst. über. Ich zaudere nicht, um für das Richtige zu halten. — Nun aber die Lingualis? die media *d* ist ausgeschlossen, weil keine Lesart sie gibt. Das t, welches fast alle Lesarten

gegeben werden, zumal in einer zugleich abstrakten und ungenauen Uebersetzung, wie sie an dieser Stelle vorliegt.

Wäre indessen auch affatomie als Subst. von den lat. Schreibern gemeint, so würde daraus nicht zu folgern sein, das fränkische Subst. sey gen. *femin.* gewesen. Wir müßten jenes für bloße Corruption halten.

Digitized by Google

liefern, hat etymologisch Alles gegen sich. Der Schreiber des Cod. Guelf. hat in adfa*th*amire den fränkischen Consonanten bewahrt. Das th würde in demselben gothischen Worte auch sein, wenn es ein solches gegeben hätte oder für uns gäbe. Die ahd. Lautverschiebungen, welche für diese Partie der Buchstabenlehre große Schwierigkeit machen, waren dem 6. Jh. noch fremd, die fränkischen Lingualen behaupteten noch gleiche Stelle mit den gothischen. Uebrigens ist es ganz consequent, daß lateinische Schreiber die deutsche aspirata als tenuis hörten, sprachen und schrieben. Das fränkische Subst. war also fathum, und zwar, wie die Vergleichung zeigen wird, ein masc. 1. starker Decl.

3. Die Flexion des Verbum, das ein schwaches war, konnte nicht ôn sein nach der zweiten; denn davon weicht ire und die muthmaßliche Verstümmelung i oder ie zu weit ab; die Schreiber scheinen für das deutsche ôn die 1. lat. Conj. angewandt zu haben, z. B. für hroubôn (goth. raubôn, Ahd. hroupôn) rau*bare* L. Sal. 64 raubaverit. Zwischen erster, jan, und 3. ên, bleibt die Wahl. Grimm vermuthet, (Gr. II. 153) ein ahd. vadum-jan (filare) aus dem mhd. umgelauteten vedemen. Darin ist aber für das fränkische Wort nichts Zwingendes. Es liegt diesem das agf. fädhmjun nach der 2. in welche die ahd. 2. und 3. Conj. zusammenfallen, viel näher. Ich entscheide mich demnach für fathumên. Zur Bestätigung die Analogie der juristischen Wörter adhram*ire* oder adchram*ire* im Verhältniß zu dem ahd. ram*ên* (Gr. I. 879) — mhd. râmen —; die fränkische Form mußte sein: at-chramên. —

Mithin sprachen die Franken at-fath-ûm-ên, was die Schreiber ad-fat-im-ire schrieben. Das componirte Subst. trat aus der starken Decl. in die schwache männliche über und lautete ad-fathum-o, geschrieben: adfatim-us.

Der Sinn des simpl. fathum will ich zuerst erläutern; das Compositum wird dann leicht verständlich werden. Formell stimmen zu fathum das ahd. vadum, das agf. fädhm, das altf. fadm, lauter masc. 1. starker Decl. In den beiden letztern Dialekten wirft die Ableitungssylbe um oder am gewöhnlich den Vocal fort. Wenn derselbe ursprünglich u war, so gilt nach Grimms Bemerkung (Gr. II. 150) im Englischen om. Da dies nun in dem Worte fath-om eintritt, so wird dadurch die aus den lat. Schreibungen geschlossene Form des fränkischen Wortes, wofür auch das ahd.

Digitized by Google

vadum spricht, ganz sicher gestellt. Die Lingualen in den verschiedenen Wörtern haben zu einander das genau richtige Verhalten. Aber die Bedeutung: filum, Faden, mit der das ahd. Wort vadum allein auftritt, macht es zur Erklärung unbrauchbar. Das agſ. fädhm heißt auch cubitus (Gr. II. 146), ein Maß bezeichnend, wie unser Faden und das engl. fathom (Klafter). Insofern hilft es uns nicht. Dagegen überraschend trifft eine andere Bedeutung zu, nämlich: amplexus (Gr. I. 633). *)

Ebenso ist das altſ. fadm (Gr. I. 633) glossirt. Vergl. auch Leo über Beowolf S. 6. Das fädhmjan durch manu complecti. An vielen Stellen wird dies passend seyn; an sich aber drückt es diese Thätigkeit grade der Hand nicht aus. Wir müssen den Act des Umfassens oder Fassens schlechthin, nicht eine bestimmte Weise desselben verstehen: das Sichöffnen und darauf Zuschließen, wodurch etwas eingefangen wird. Am kürzesten geben wir also fädhm und fadm durch: der Fang (captura) im activen Sinn, und das Verbum fädhmjan mit: fangen, mag es geschehen in Arme, Hände, Busen des Kleides, Rockschoß oder wie sonst immer **).

*) Es steht an dieser Stelle unrichtig faedhm; die Kürze des a-Lauts aber Gr. II. 146 und 150 und im Verbum fädhmjan (II. 149).

**) Es steht mir nun eine von Leo (l. c.) mitgetheilte Stelle aus dem 18. Gef. des Beov. zu Gebote, um obige Erläuterung der lexical. Angaben zu bekräftigen; aber sie weicht aus. Leo interpretirt sie nicht richtig, weil er die Glosse amplexus anders genommen hat. Es ist die Rede vom Fall des Königs Hygelâc in einer Schlacht mit dem Frankenstamm der Het-vare (Chatt-uarii):

| | |
|---|---|
| hë under vande gecranc: | er brach unterm Schilde zusammen: |
| gehvëarf thâ in Francna | es wendete sich da in der Franken |
| fudhm | Begegnung |
| fëorh cyninges | die Seele des Königs hinweg. |

Oben auf derselben Seite sagt Leo: in der Franken Handgemeng, und dann in der Note: „in Francna fädhm" eigentlich in der Franken Umfassung. Damit berichtigt er Kemble's Erklärung: in der Spieße Umarmung, da franca auch einen Wurfspieß bezeichnet. (Kemble wußte nicht, was Leo ermittelt hat, daß Hygelâc mit Franken kämpfte). Umarmende oder umfassende Wurfspieße geben überhaupt keinen Sinn; umarmend tödten sie nicht. Aber auch Bewegung und Handgemeng gehen ganz

Digitized by Google

Diesen Sinn hat ohne Zweifel das fränkische fathum in dem Rechtsgeschäft at-fathumo.

Was bedeutete hiernach das Compositum? Einige Gesetze dringen uns auf, daß es ein Handeln des Schenkenden bezeichnet habe, z. B. durch die abstrakte Erklärung: adoptare in hereditatem seu adfatimi die L. Rip. tit. 48, und durch die Uebersetzung *traditio* des Cap. Lud. Pii. ai. 819. c. 10. Dies Handeln wäre nichts anders, als: in den Fang lassen, geben, werfen, in amplexum mittere, jacere. Das Objekt war nach L. Sal. tit. 49. der geknotete Halm, festuca, das Symbol für das Gut, welches der Geber aufließ. Wie der Empfänger das so Dargereichte nahm, ob zwischen Hände, Arme oder Schooß ꝛc., das war dabei gleichgültig. — Allein die Grammatik verbietet solche Auslegung. Die Partikel at vermag es nicht, dem Worte, mit welchem sie sich verbindet, überhaupt eine specefisch andre Bedeutung mitzutheilen (s. Gr. II. 717 und zwischen 887—911), am wenigsten eine ganz entgegengesetzte, so daß aus Nehmen, Fassen, Ergreifen ein Geben würde. Atfathumên besagt auch nur: fangen, mit der Modification, daß die Beziehung auf die thätige Person: an sich heran, zu sich, für sich, somit der Wille zu behalten zugleich hervorgehoben ist. Also von dem Handeln des Erwerbers ist die Rede. Da dieses die Handlung des Aufgebenden, Zuwerfenden voraussetzt, nicht ein Fangen etwa aus der Luft, so konnten atfathumo und atfathumên für

---

ab von dem Worte fädhm. Es ist ferner nicht für den Dativ (st. fädhm-*e*) zu nehmen, und gehväarf von hvëorfe, wofür Gr. I. 898 *revertor* als Glosse gibt, kann nicht, gleich unserm: schied hin, von der sterbenden Seele gesagt werden ohne Angabe eines Ziels ihrer Bewegung. Es heißt nur: wandte sich, nicht: wandte sich hinweg oder, wie Leo weiter oben sagt, von dannen. Das revertor bei dem ags. und bei dem ahd. Verbum huirpu (Gr. I. 862) bezeichnet nur den reflexiven Gebrauch desselben in diesen Sprachen, das goth. hvairba ist transitiv: *verto* (Gr. I. 843). Demnach ist zu übersetzen:

Da wandte sich in der Franken Fang
das Leben des Königs;

d. h. sein Leben (genauer für fëorh, mhd. verch — als Seele) ward (gab sich) den Franken zur Beute. Daran schließt sich unmittelbar die Erzählung, wie sie die Leiche beraubten, sehr passend an.

Digitized by Google

das ganze Geschäft gesagt werden, welches daran seinen unwiderruflichen Abschluß hatte. — Man vergl. capere und *accipere*, nehmen und annehmen. — Die Sinnlichkeit des Volks hatte dabei den Vortheil des Beschenkten im Auge, den Gegenstand der Gunst oder des Neides, und daß er nur seine Fänge aufzuthun brauchte, um Eigenthümer zu werden.

Das geschriebene Gesetz hat umgekehrt mehr die andere Seite beachtet, daß es eine besonnene Handlung des Auflassers war. Daher die Ausdrücke: in laisam *jactare*, laiso *verpire* (L. Sal. tit. 49.) und laiso*verpus* (form. Marc. I. 13) *).

Daß das Bewußtseyn vom etymologischen Gegensatz der fränkischen und romanischen Wörter in der Gerichtssprache bald verloren gieng, ist sehr begreiflich; sie galten für synonyme Bezeichnungen einer Uebergabe, die ganz bestimmt eine Schenkung war. Zu Ludwigs Zeit verstand man in der Hofsphäre das deutsche atfathumên wohl gar nicht mehr, und das Volk dachte schwerlich noch an die sinnliche Urbedeutung. Beides ist zu schließen aus der Wendung im erwähnten Capit.: de affatomia *dixerunt*, quod *traditio* fuisset.

Es bleibt endlich noch übrig, daß ich das abgeleitete fathum, vadum, fädhm, fadm ꝛc. auf seine Wurzel zurückführe. Wörter,

---

*) verpire (altfr. guerpir R. A. 122) ist das ahd. wir*f*u, goth. vair*pa*. Auch hier ist ein Beleg für die frühere Bemerkung, daß im Altfränkischen noch die Stellung der Consonanten dauerte, welche sich im Ahd. verschob. Die lat. Schreiber hatten übrigens bei dem p nicht den Anlaß des falschen Hörens, den das th ihnen gab.

Ueber das *lausum*, laisam (die abweichenden Schreibweisen verdienen keine Beachtung) bemerke ich noch, daß gegen Grimms Deutung (R. A. 122. Note), es sey Corruption von laxum, schwerlich etwas zu erinnern ist; aber ich glaube, daß damit ganz allgemein das (vom Empfänger) zum Nehmen Geöffnete, eben so gut die Hand (laisa sc. manus) als „sinus oder das weitfaltige (sinuosum) Kleid" gemeint war. Durchaus entspricht es dem fränkischen fathum nicht, sagt nicht neben dem Oeffnen auch noch das Zuschließen aus, wenn die Sache binnen ist. Der Tradent bedurfte aber zur symbolischen Ausführung seines erklärten Willens nichts weiter, als daß der Bedachte den Willen der Annahme bethätigte.

Digitized by Google

welche vor der Ableitung um im Ahd. auf d, im Agſ. auf dh auslauten, ſind, nach Gr. II. 150 Note und 240 Anmerkung, zweifach abgeleitet: 1) auf ath goth. 2) auf um. Mit dem a der erſteren Ableitung iſt ein vorausgegangenes h der Wurzel zugleich ausgefallen. So iſt fathum geworden aus fah-ath-um. Nun heißt fah-an (goth. 1. ſtarker Conj.) capere, beſtimmter: *opes acquirere* (Gr. II. 28.) und ga-fahs (1. ſtarker männl. Decl.) *captura*, woraus denn für die Grammatik hervorgeht, daß die goth. Sprache kein derivativum fathums, fah-ath-ums bildete.

---

Digitized by Google

# VIII.

# Die Ueberlieferung der Rechte durch Sprichwörter. *)

Von

Reyscher.

Nach einer alten Sage, welche Aventinus im 1. Buche der Annales Bojorum mittheilt, begriff Tuisco oder Tuisto, der der Erde entsprossene Gott (Tacitus Germ. cap. 2.), die Gesetze, die er seinen Nachkommen, den Deutschen, gab, in Liedern, welche öffentlich und einzeln gesungen werden sollten, damit sie weder der Vergessenheit anheimfallen, noch Jemand mit Unkenntniß derselben sich entschuldigen möge [1]).

Nimmt man von dieser Erzählung dasjenige hinweg, was offenbar blos der Sage angehört, so bleibt als geschichtliche Thatsache zurück: daß das deutsche Recht, wie es im Volke entstand, so durch den Mund des Volks ursprünglich fortgepflanzt worden. Waren es auch nicht gerade Lieder oder Gesänge, worin dasselbe ähnlich den

*) Gegenwärtige Abhandlung bildete den Inhalt einer akademischen Rede, welche der Verf. zu Anfang des Jahres 1837 bei dem Antritte des ordentlichen Lehramts zu halten hatte. Da der Gegenstand seither anderwärts nicht bearbeitet worden, so möchte sie wohl hier noch eine Stelle finden. Den untermengten Scherz und einige Abschweifung wird der geneigte Leser jener Bestimmung für eine gemischte Versammlung zu gut halten.

1) Aventinus Annales Bojorum lib. I. „Tuisco Pater Germanorum, Sarmatorumque — — jura dedit, leges tulit, carminibusque complexus est, quae publice et priuatim cantarentur: ne aut obliuio obliteraret aut ignorantia excusaret. Ed. Ziegler, Ingolstadt 1554. p. 38.



Digitized by Google

Thaten der Alten [2]) im Andenken sich erhielt, so ist doch alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß Sprüche und namentlich gereimte Sprüche als Träger jener Ueberlieferung dienten; und was wir noch jetzt an solchen Sprüchen besitzen, läßt vermuthen, wie reich das deutsche Alterthum an diesen Ueberlieferungsmitteln gewesen seyn mag.

Dasselbe beobachtet man bei andern Völkern, namentlich des Morgenlandes. Auch bei den Griechen standen die Sprichwörter als Nachklänge alter Weisheit und Erfahrung in großem Ansehen, und noch im 4. Jahrhundert schreibt Synesius, Bischof zu Cyrene [3]), unter Berufung auf Aristoteles: „ἡ παροιμία σοφον. — — πάμπολυ γὰρ οἱ πάλαι των νῦν εἰς αλήθειαν εὐστοχώτεροι.“ Ebenso pflegten die Römer in Reden und Schriften auf proverbia Bezug zu nehmen, und die Pandecten haben uns mehrere derselben aufbewahrt [4]).

Manche unserer deutschen Sprichwörter kommen im Sinne mit denen anderer Völker überein. Einzelne scheinen diesen wirklich nachgebildet zu seyn. Allein bei Weitem die Mehrzahl gründet sich auf einheimische Sitten und Verhältnisse, und selbst aus dem Ausdrucke, aus der Wahl von Bildern, welche ihnen vorschweben, leuchtet gewöhnlich eine ächt deutsche, öfters sogar ländlich-eigenthümliche Anschauungsweise hervor, welche uns berechtigt, ihren volksthümlichen Ursprung anzunehmen. Um dieß durch ein Beispiel zu beleuchten: den Grundsatz, daß die Bewegungen des Gemüths, sofern sie nicht in äußeren Handlungen hervortreten, für den menschlichen Richter, der nicht „Herz und Nieren“ prüfen kann, unzugänglich und daher unstrafbar seyen, drückt das römische Recht in den Worten aus: cogitationis poenam nemo patitur [5]). Der Deutsche hat dafür das Sprichwort: „Gedanken sind zollfrei,“ indem ihm bei der

---

2) Tacitus Germ. cap. 2. Vgl. Eginhardi Vita Caroli M. cap. 29. Eine Sammlung späterer dergleichen Gesänge enthält folgendes Werk: Les Gestes des ducs de Brabant par Jean de Klerk publ. par Willems, Bruxelles 1839.

3) Encomium Calvitii.

4) Hugo röm. Rechtsgeschichte S. 423 u. 427.

5) D. XLVIII. 19. fr. 18. Den Gegensatz bildet etwa jene schelmische Stelle eines Liebs: „wer was denkt,“ sagt er, „wird gehenkt.“

Digitized by Google

Vorstellung von der Innerlichkeit des Denkens und Empfindens das Bild des Zolls vorschwebte, das freilich in Deutschland immer sehr nahe lag.

Am nächsten verwandt sind die Sprichwörter mit den Symbolen. Wie diese als Wahrzeichen einer Person, Sache oder Handlung dienen, so jene als Ausdruck eines Gedankens, den sie in kürzester Form aussprechen oder andeuten. Wie das Symbol uns auf das Urleben des Volks zurückführt, wo bei der Armuth der Sprache und der Begriffe gleichwohl das Bedürfniß sich offenbarte, in sinnlicher Form dem Gedanken Anschaulichkeit zu geben, so auch das Sprichwort, worin die Wahrheit, zu deren Ausdruck es dient, gleichfalls in eine eigenthümliche, meist wieder sinnlich gewendete, Form gekleidet ist. Dennoch unterscheiden sich beide dadurch von einander, daß, während in dem Symbol irgend ein körperlicher Gegenstand, z. B. ein Ring, oder eine körperliche Handlung z. B. der Handschlag sichtbar wahrgenommen wird, andererseits in dem Sprichwort die Sprache als der natürliche Gedankenleiter erscheint. Ebenso wird durch das Sprichwort nicht, wie in dem Symbol, ein äußerer Gegenstand, (Person, Sache oder Handlung) dargestellt, sondern ein Gedanke, ein Grundsatz; und, wenn schon in der Ausdrucksweise auch hier wieder zuweilen eine symbolische und selbst poetische Figur vorherrscht, so darf der Grund hievon doch nicht in dem Wesen des Sprichworts gesucht werden, sondern in der angebornen Neigung des Menschen, das Geistige, wo es sich findet, in einem befreundeten Bilde zu fassen und festzuhalten.

Nachdem ich bei einer früheren Veranlassung meine Ansichten über die Rechtssymbole dargelegt habe [6]), sey es mir nun gestattet, über die Rechtssprichwörter eine kurze Untersuchung anzustellen, deren Zweck jedoch nicht seyn kann, diesen Gegenstand zu erschöpfen, sondern nur ihm einen wissenschaftlichen Werth abzugewinnen, den er in der That hat, besonders aber hat für den Freund und Forscher des deutschen Rechts, welcher, je mehr er sich mit dem Leben des Volks, seiner Sprache und seiner Geschichte beschäftigt, desto mehr hoffen darf, den öfters dunkeln Zusammenhang zu ergründen, worin die vaterländischen Gewohnheiten und Sazungen mit einander stehen.

Die deutschen Sprichwörter haben eine eigene, ziemlich umfangreiche

6) Ueber die Symbolik des german. Rechts, in meinen Beiträgen zum deutschen Recht. Heft 1.



Digitized by Google

Literatur [7]). In den meisten bisherigen Schriften ist jedoch auf die Rechtssprichwörter wenig Rücksicht genommen worden. Dagegen haben sich einige Schriftsteller, namentlich Nicolaus Hertius [8]), Georg Tobias Pistorius [9]) und Joh. Friedrich Eisenhart [10]) eigens mit letzteren beschäftigt. Während in den früheren Sammlungen die einzelnen Sprichwörter ohne Auswahl und Ordnung an einander gereiht sind, werden von Eisenhart diejenigen derselben, welche ihm eine juristische Bedeutung zu haben schienen, 328 an der Zahl, in einer systematischen Reihenfolge aufgeführt. Seither ist für Sammlung und Erklärung der Rechtssprichwörter, so vielfach sich auch die deutsche Rechtswissenschaft anders gestaltet hat, einzelne Erklärungsversuche abgerechnet, nichts geschehen, und auch die Schriften über die Sprichwörter im Allgemeinen, namentlich Méry histoire generale des proverbes (Paris 1829) haben dazu keinen wesentlichen Beitrag geliefert.

Mein Hauptbestreben wird dahin gehen, die Bedeutung der Rechtssprichwörter und die Grundsätze aufzusuchen, nach welchen ich glaube, daß dieselben ermittelt, geprüft und für Theorie und Praxis brauchbar gemacht werden sollten.

Zunächst muß man sich darüber verständigen, was eigentlich Rechtssprichwörter sind, damit nicht, wie so häufig geschieht, Redensarten eine juristische Bedeutung gegeben wird, welche sie nicht haben. Der Begriff eines Rechtssprichworts sezt den eines Sprichworts überhaupt voraus. Unter einem Spruch oder Sprichwort (im Latein des M.A. brocardicum) versteht man eine bei dem Volke oder bei einer gewissen Klasse desselben übliche Redensart, wodurch in gedrängter Kürze eine anerkannte Wahrheit ausgesprochen wird. Daher kann nur eine landläufige Redensart als Sprichwort angesehen wer-

7) Die Literatur der deutschen Sprichwörter überhaupt s. bei Nopitsch, Literatur der Sprichwörter Nürnberg. 1822. Neuere Sammlungen: W. Körte, die Sprichwörter und sprichwörtlichen Redensarten der Deutschen. Leipzig. 1837. Eiselein, die Sprichwörter und Sinnreden des deutschen Volks. Freiburg. 1840.

8) De Paroemiis juris Germ. in s. opusc. Vol. II Tom. 3. p. 252.

9) Thesaurus paroemiarum Germanico-juridicarum. Lips. 1716.

10) Joh. Fried. Eisenhart, Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern 1. Aufl. 1759. Neue Ausgabe von E. L. Eisenhart. Lpz. 1791. Neueste von Otto. Lpz. 1823.

Digitized by Google

den, nicht auch eine, wenn noch so gut ausgedachte, von dem Volke nicht angenommene Sentenz. So hat wohl Göthens Mephistopheles mit der satyrischen Bemerkung: „es erben sich Gesetz und Rechte, wie eine ew'ge Krankheit fort," bei manchen Schülern und Nichtschülern Anklang gefunden; allein zum Sprichwort ist sie nicht geworden und konnte sie nicht werden, weil das Volk im Allgemeinen der Stetigkeit im Rechte nicht entgegen ist, theils vermöge einer phlegmatischen Vorliebe für das Alte und Angewöhnte, theils vermöge eines begreiflichen Mißtrauens gegen willkührliche Neuerungen indem es annimmt: „es kommt selten etwas Besseres nach," oder: „Recht muß doch Recht bleiben."

Zum Begriff eines Rechtssprichworts gehört insbesondere, daß es eine Rechtswahrheit ausspreche. Die meisten Sprichwörter drücken aber keine Rechts-, sondern eine andere Wahrheit aus, namentlich eine Regel der Klugheit, der Schicklichkeit. Wenn z. B. ein gemeines Sprichwort sagt: „einem vollen Mann soll ein geladener Wagen ausweichen," so ist damit keineswegs eine bindende Norm aufgestellt, vermöge welcher man den Betrunkenen zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet wäre, sondern nur eine kluge Ermahnung an die Nüchternen, mit dem Zustande eines Betrunkenen Nachsicht zu haben, ihn nicht zu reizen, sondern ungehindert seines Wegs ziehen zu lassen, weil leicht daraus ihr eigener Nachtheil entstehen könnte. Die Gefahren Anderer abzuwenden mittelst thätiger Fürsorge, ist ursprünglich niemand rechtlich verbunden: „Wer sich in Gefahr begibt, verdirbt darin," d. h. hat sich selbst die Folgen seines Leichtsinns oder seiner Schwäche zuzuschreiben. Dagegen soll sich jeder vorsehen, daß er nicht durch seine Handlungen Andere beschädige; denn „wenn der Wurf aus der Hand ist, — sagt das Sprichwort — ist er des Teufels" und zuvor gethan und nachbedacht, hat schon Manchem Leid gebracht."

Andere Sprichwörter sind sittlich entschuldigend, z. B. „einmal ist kein Mal," womit keineswegs das erstmals begangene Unrecht gerechtfertigt, sondern nur ausgedrückt wird, daß dasselbe in der Regel noch nicht auf völlige Verdorbenheit oder Unverbesserlichkeit schließen lasse. Ferner: „Jugend hat nicht allezeit Tugend," „Gelegenheit macht Diebe" u. dgl. m.

Auch neckende Erfahrungssätze kommen vor, z. B. „die kleinen Diebe hängt man, die großen läßt man laufen,"

Digitized by Google

was natürlich nicht juristisch zu nehmen ist. Ebenso: „ein neuer Arzt, ein neuer Kirchhof, oder: Juristen sind böse Christen." Gewiß wäre es zu weit gegangen, wollte man behaupten, daß die Fortschritte der medicinischen Kunst durch gleichmäßige Fortschritte der Sterblichkeit erkauft werden, oder daß die Ansässigmachung eines neuen, wenn auch jungen und unerfahrnen praktischen Arzts in einem Orte augenblicklich die Aussteckung eines neuen Begräbnißplatzes nothwendig mache. Im Gegentheil weiß man von den sog. Auferstehungsmännern in England, daß die wissenschaftliche Neugier der Aerzte dem engen Raum auf den Kirchhöfen gerne zu Hülfe kommt und auch unsere deutschen Anatomen wissen mit demselben sparsam umzugehen. Uebrigens wird sich nicht leicht [11]) ein Richter erlauben, einen Arzt, selbst bei der ungeschicktesten Behandlung eines Kranken, wegen verschuldeter Tödtung in Untersuchung zu ziehen; und wenn auch durch statistische Untersuchungen wirklich nachgewiesen werden könnte, daß die Zahl der Kranken mit der der Aerzte in gleichem Verhältnisse zunehme, so würde doch den Aerzten nicht deßhalb der Proceß zu machen seyn. Gewandt, wie sie sind, würden sie sich nämlich der Einrede bedienen, daß die Schuld der zunehmenden Krankheitsfälle auf Seite der Patienten sey, welche sich die Krankheiten einbilden, und, da „für den Tod kein Kraut gewachsen ist," so wäre es in der That auch nicht zu billigen, wollte man die Aerzte für die unterlassene Rettung eines einmal ihrer Pflege heimgefallenen Kranken, falls sie ihn nur „auf Tod und Leben" behandelt haben, verantwortlich machen. Wäre wohl die Vermuthung nicht allzu gewagt: daß irgend ein vorsündfluthischer Homöopath (oder gar ein diluvianischer Hydropath!) der herrschenden allöopathischen Schule das bemerkte Sprüchwort angedichtet habe, da wenigstens der Grundsatz: similia similibus kein Abhaltungsgrund gewesen seyn möchte, und nicht immer simile simili gaudet (vielmehr omnis similitudo claudicat!).

Auch das die Juristen betreffende auffallende Sprichwort, welches Hertius unter den Rechtssprichwörtern anführt, gehört nicht in diese Klasse, denn, wäre dieses, so hätten die Rechtsgelehrten in früherer Zeit gemäß den kanonischen und römischen Rechten excommunicirt, wo nicht ausgerottet werden müssen, während sie bekannt-

11) S. nunmehr württemb. Strafgesetzbuch Art. 251.

lich sich eines leidlichen Wohlseyns erfreuen und auch von der Kirche geduldet sind. Dasselbe enthält aber nicht nur keine Rechts- sondern überhaupt gar keine Wahrheit. Um nämlich einen richtigen Begriff von der juristischen Beschäftigung zu erhalten, höre man das Urtheil Ulpians, welches, als in die Pandekten aufgenommen, eine unzweifelhafte Autorität genießt. Dieser sagt, nachdem er von den Rechtsgelehrten als Priestern des Rechts gesprochen, das Recht selbst aber als die ars boni et aequi definirt hat: „Justitiam — colimus et boni et aequi notitiam profitemur: aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes — veram philosophiam, non simulatam affectantes [12]).

Man könnte freilich einwenden, daß Ulpian von den römischen Juristen rede, während das angeführte Sprichwort die deutschen Rechtsgelehrten im Auge habe. Allein bekanntlich ist die römische Jurisprudenz von den deutschen Rechtsgelehrten seit Jahrhunderten zum Muster genommen worden, und eben den Freunden des römischen Rechts scheint das Sprichwort zu gelten; denn Winther in seinen Partheniis litigiosis (c. 7. n. 33) und Valentin Arthimäus in den epistolis post pericula oratoria impressis (ep. 53), welche dasselbe erwähnen, meinen, der gottlose Cujacius sey Schuld daran, indem er nach dem Zeugnisse seines Biographen Massonius geäußert habe: religionem non pertinere ad rationem edicti perpetui. War diese Aeußerung im Stande, den Franzosen Cujas in den Geruch der Ketzerei zu bringen, so läßt sich denken, daß auch die deutschen Juristen ähnlichen Vorwürfen ausgesetzt gewesen, wie z. B. jene Rechtsgelehrten zu Wittenberg, über welche der witzige Taubmann nach Dresden berichtet haben soll, daß man bei ihrer Zergliederung Alles in gutem Stande gefunden habe, mit Ausnahme des Gewissens, welches gar nicht vorhanden gewesen.

Ohne Zweifel war diese Aeußerung scherzhaft zu nehmen. Allein ganz im Ernste nahm Dr. Luther [13]) keinen Anstand, die Juristen als böse Christen anzuklagen, und wie wenig man im Allgemeinen geneigt war, sie als Priester eines göttlichen Rechts zu verehren, geht aus Jacobi Solodorensis moralibus hervor, wo dieser ausruft: Dirue Juristas Deus, ut Sathanae citharistas etc.

---

12) D. L. 1. fr. 1. §. 1.

13) Tischreden Bl. 395.

Digitized by Google

In der That müssen die Männer der Rechtswissenschaft sich stark an ihren Zeitgenossen versündigt haben, um solche Geringschätzung hervorzurufen. Doch war es nicht sowohl religiöser Indifferentismus (ein Vorwurf, welcher jedenfalls nur Einzelne treffen konnte!), was die früheren Juristen so sehr in Mißtrauen setzte, als die fremdartige juristische Basis, worauf sie sich im Widerspruch mit den Volkswünschen und Volksbedürfnissen gesetzt hatten [14]), indem sie von dem Grundsatze ausgiengen: „extra jurisprudentiae romanae sanctuarium nulla salus publica!“ Allerdings gab es hinwieder einzelne Rechtsgelehrte, wie Conring, Thomasius, Kreittmayr, welche den Inhalt der justinianischen Rechtsbücher eine confusionem divinitus conservatam, einen cumulum legum inordinatum et molem indigestam nannten; allein durch Herabsetzung des römischen Rechts, welches nun einmal unabänderlich einen ergänzenden Bestandtheil des praktischen Rechts in Deutschland ausmacht, ward das Vorurtheil gegen die Juristen nicht gehoben. Wohl mußte es das vaterländische Gefühl verletzen, wenn das Erzeugniß einer fremden Volksbildung ohne Prüfung über alles Einheimische erhoben und sogar als Gesetz aufgedrungen wurde, da, wie schon das Sprichwort („ländlich, sittlich“) bezeugt, jedes deutsche Land seine eigenen Gewohnheiten hatte, und nach dem Grundsatz: „Landesart ist Landesehre,“ kein Volk, dem Ehre inwohnt, sich gerne in seine Eigenthümlichkeiten eingreifen läßt, oder gar den Werth der Dinge darnach schätzt, „wie weit sie her“ sind.

Daß die Romanisten der neuern Zeit großentheils nicht mehr in der alten Einseitigkeit befangen sind, vielmehr den Bestrebungen zu Erweckung einer nationalen deutschen Rechtswissenschaft ihren Beifall nicht versagen, darf wohl zuversichtlich angenommen werden. Aber auch die Germanisten pflegen vom Vergangenen das Beste zu reden, d. h. das Unabänderliche sich gefallen zu lassen. Daher ist nicht zu fürchten, daß die Einen oder die Andern dem Verdachte unchristlicher Gesinnung ferner werden ausgesetzt seyn.

Zu den Quellen, woraus die Rechtssprichwörter zu entnehmen und zu erklären sind, gehören nebst der mündlichen Ueberlieferung hauptsächlich die Weisthümer, Rechtsbücher und Statuten des Mittelalters, sofern sie, wenn auch nicht die Sprichwörter unmit-

14) Siehe diese Zeitschrift Bd. 1. S. 23.

Digitized by Google

telbar, doch die Institute erklären, worauf sie beruhen. Die Rechtsquellen der letzten Jahrhunderte, namentlich die Landesgesetze, sind für diesen Zweck fast unbrauchbar, da sie weniger aus dem Leben, als aus der Theorie schöpfen, und zwar aus einer Theorie, welche das römische Recht im Auge hatte, das zur Erklärung vaterländischer Gewohnheiten nichts beitragen kann. Um so mehr ist man, was jetzt noch übliche Rechtssprichwörter betrifft, genöthigt, die Weisheit, so zu sagen, „auf der Gasse zu holen," d. h. zu untersuchen, wie das Volksgefühl sie deutet und anwendet. So z. B. das Sprichwort: „Ein Mann, Ein Wort"[15]) drückt den deutschrechtlichen Grundsatz aus: daß die bloße Einwilligung zur Verbindlichkeit der Verträge hinreiche, daß es daher weder des Gebrauchs feierlicher Worte, noch vorausgegangener Leistung bedürfe, um einem Geschäft Klagbarkeit zu geben. Anders die Theorie des römischen Rechts und das dadurch bestimmte württembergische Landrecht (II. 20), welches bei den sog. Innominalkontracten darum, weil sie in keiner römischen lex genannt sind, bis zur angenommenen Leistung ein unbeschränktes Reurecht statuirt. Es ist zwar diese Bestimmung und noch mehr der Grund derselben dem schlichten Sinne des Volks bis auf den heutigen Tag ein „böhmisches Dorf" geblieben; und niemand, der nicht Rechtsgelehrter ist, wird es einfallen, sich durch die Verabredung eines Tauschs weniger für gebunden zu halten, als durch einen Kauf. Allein da gleichwohl die Theorie über die landrechtliche Norm sich nicht hinwegsetzen darf, und da anderer Seits auch da, wo der bloße Consens schon hinreicht, in Frage seyn kann, ob er vorhanden, so kommt es nun darauf an, den Sinn der angeführten Redensart für den Fall festzustellen, daß die Partheien sich derselben bei Eingehung eines Geschäfts bedienen, indem hieraus ein Verzicht auf das gesetzliche Reurecht zu folgern seyn möchte. Eine ähnliche Bedeutung hat der Beisatz: „auf stet und fest" in den Verträgen[16]).

---

15) Jean Paul in der Levana — um die geringere Glaubhaftigkeit der Neuzeit zu beweisen — übersetzt: ein Mann — ist — ein Wort, d. h. ist ein bloßes Wort geworden — es gibt keine Männer mehr! —

16) Nicht zu verwechseln mit der Klausel: „sonder Nachspruch und Wandel," worin ein Verzicht auf die Wandlungsklage wegen gewisser Hauptmängel der Thiere enthalten.

Digitized by Google

Indessen die „Volksstimme" ist nicht immer die untrügliche „Gottesstimme." So z. B. wurden von der Volksmeinung vor noch nicht langer Zeit die Schäfer gleich den Schindern oder Abdeckern für anrüchig gehalten, während schon die Reichspolizei-Ordnungen des 16. Jahrhunderts dieselben für ehrlich erklärt hatten, und daher von einer rechtlichen Verwandtschaft der Schäfer und Schinder seither nicht mehr die Rede seyn konnte. Daher hatte jene Juristen-Fakultät, deren der jüngere Eisenhart [17]) erwähnt, sehr Unrecht, als sie das Zeugniß eines Schäfers aus dem Grunde verwarf, weil es im Sprichwort heiße: „Schäfer und Schinder sind Geschwisterkinder."

Der Werth der Rechtssprichwörter für die Rechtsforschung kann keinem Zweifel unterliegen; denn, da das deutsche Recht großentheils auf Gewohnheiten beruht, so muß jeder Schlüssel zu deren Auffindung und Würdigung erwünscht seyn. Nur muß man bei Benützung derselben, wie überhaupt auf dem Gebiete des deutschen Rechts, wo der Boden öfters unter den Füßen schwankt, vorsichtig zu Werke gehen, um nicht Sätzen eine praktische Verbindlichkeit beizulegen, welche nur noch von geschichtlichem Werthe sind, oder eine gemeinrechtliche Bedeutung in ihnen zu suchen, während sie nur auf provinziellem Grunde wurzeln.

Nicht alle Rechtssprichwörter, welche durch ältere Rechtszeugnisse beglaubigt worden, sind nämlich jetzt noch praktisch, wie z. B. das Sprichwort: „Hand muß Hand wahren" [18]). Nach der jetzt fast allgemein angenommenen Erklärung sagt dieses Sprichwort Folgendes: Wer einem Andern eine bewegliche Sache zur Aufbewahrung oder Benützung anvertraut hat, kann nur von diesem seinem Mitkontrahenten, dem Depositar, Kommodatar, nicht auch von einem Dritten dieselbe zurückfordern, welcher „nach der Hand" sie an sich gebracht hat [19]). Die Aelteren erklärten diesen Grundsatz, welcher so sehr von dem römischen Vindicationsrechte des Eigenthümers abweicht, aus einem favor commercii, indem nämlich die Sicherheit des Verkehrs habe

---

17) Vorrede zur zweiten Auflage der Grundsätze 2c.

18) Rev. Lübisches Recht von 1585. Buch III. Tit. 2. Art. 1. in Verb. mit III. 2, 2. Sächs. Landr. II. 60. Schwäb. Landr. (Laßb.) Art. 207.

19) Die sehr umfassende Literatur s. bei Maurenbrecher, deutsches Privatrecht §. 234. Note 1. S. nun auch Brackenhoeft oben S. 157 f.

Digitized by Google

begünstigt werden wollen, welcher ohne Zweifel Noth leidet, wenn der Käufer seines Besitzes nicht eigentlich froh seyn kann, weil er stets befürchten muß, daß ihm dieselbe durch einen dritten, ihm unbekannten, Eigenthümer werde abgefordert werden. Neuere, namentlich Albrecht, haben jedoch gezeigt, daß derselbe keineswegs willkürliche Erfindung sey, sondern mit dem Begriff der Gewere zusammenhänge, welcher dem älteren deutschen Sachenrecht zu Grunde liegt. Allein noch immer ist die wahre Bedeutung des Sprichworts: „Hand muß Hand wahren" [20]) unklar, und ebenso dessen Verhältniß zu einem andern Sprichwort, welches mit demselben für gleichbedeutend gehalten wird: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen." Beide haben eine wesentlich verschiedene Bedeutung. Es ist nämlich zu unterscheiden:

1) wenn der Eigenthümer seine Sache freiwillig aus seiner Gewere oder Vertheidigung gegeben hatte, so verlor er ebendamit die juristische Herrschaft über dieselbe, wie namentlich der Hinterleger, der Kommodant, der Pfandschuldner; und es blieb ihm nur noch ein persönlicher Anspruch, eine Forderung an den Mitkontrahenten: den Treuhänder, Kommodatar, Pfandgläubiger, auf Wiedererlangung seiner Sache. Er konnte daher nicht einmal gegen den Dieb, gegen den Räuber klagen, sondern nur der Andere konnte es thun, außer es wäre der Dieb auf handhafter That von ihm ergriffen worden, in welchem Falle aber auch ein Dritter das Gerüfte erheben konnte [21]). Hinterhielt aber der Kommodatar oder Depositar selbst die Sache über die gesetzte Zeit oder verheimlichte er dieselbe, so konnte der Eigenthümer dieselbe innerhalb der Gewere seines treulosen Mitkontrahenten ergreifen, wo er sie fand. Diß und nicht mehr sagt die

---

20) Wahren, abgeleitet von wern, goth. varjan, d. i. vertheidigen, schützen. Davon gewëren, d. i. gewährleisten, Grimm, Rechtsalt. S. 602. Hiernach drückten obige Worte buchstäblich aus: eine Hand beschützt die andere (manus manum lavat), oder der Auctor, der Vormann hat seinen Nachmann im Streite zu vertreten. Diß kann aber nur in dem Nro. 2 angeführten Falle gesagt werden, denn im Falle Nro. 1 kann gar kein Streit zwischen dem ursprünglichen Eigenthümer und dem Dritten entstehen.

21) Eine weitere Ausnahme enthält das schwäb. Ldr. a. a. O. Gaupp in dieser Zeitschrift Bd. I. S. 128.

Digitized by Google

Stelle des Sachsenspiegels Buch 3. Art. 22.[22]). Damit hängt nun aber auch das Sprichwort zusammen: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen"[23]). Ein Schelm konnte hienach allerdings mehr geben, als er hatte[24]), nämlich eine Sache, die ihm nicht eigen war; allein juristisch gab er nur die Gewere, die ihm wirklich zukam. Verlor dagegen

2) der Eigenthümer den Besitz der Sache wider seinen Willen, indem ihm dieselbe gestohlen oder geraubt wurde oder zufällig abhanden kam, so behielt er die juristische Gewere: er konnte also die Sache ergreifen sie „selbdritt" (cum tertia manu), d. h. mit 2 Eidhelfern, die mit ihm die Thatsache des Abhandenkommens beschworen, anfassen, anfangen, wie die Quellen sich ausdrücken, wo er sie fand. Auch der gute Glauben, d. h. die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes schützte den dritten Besitzer nicht gegen die Vindikation[25]), welche aus dem Rechte der Gewere entsprang. Dagegen hieng die Verpflichtung des Beklagten zur Entrichtung der Diebsbuße davon ab, ob er sie selbst entwendet, beziehungsweise verheimlicht hatte, oder ob er einen Gewährsmann stellen konnte, aus dessen Hand er die Sache erhalten hatte. Hier nun galt der Grundsatz: Hand muß Hand

---

22) An ein Vindikationsrecht ist aber auch hier nicht zu denken. Gaupp a. a. O. S. 130 f.

23) Rev. Lüb. Recht III. 2, 2. Französisch: les meubles n'ont point de suite, oder en fait des meubles possession vaut titre. Im Lüb. Recht III. 2, 1. scheint allerdings das Sprichwort: „Hand muß Hand wahren" auch hierauf bezogen zu werden; allein bezeichnender ist der folgende §.: „Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das seine ausleihe und vertrawe. Dann würde es sich zutragen, daß derjenige, dem es gelehnet oder vertrawet, dasselbe verkauffte, versetzte oder sonsten alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben von dem, welchem das ausgelehnet Gut per contractum gebracht, so muß er es selbsten lösen; sonsten bleibet, der es gekaufft oder an sich gebracht, näher dabei, dann derjenige, welcher das Gut ausgelehnet. Dann do jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn widerrumb suchen."

24) Vgl. Pütter, Eigenth. S. 69.

25) Anders nach den Hamburger Statuten von 1603. Thl. II. Tit. 2. Art. 7.

Digitized by Google

wahren[26]), welcher für den Besitzer eine doppelte Bedeutung hatte: einmal, daß ihn sein Vormann bei dem Streite hinsichtlich der Diebsbuße vertreten, dann daß ihm derselbe wegen des etwaigen Verlusts der Sache durch den Prozeß Gewähr leisten mußte.

Zwar meint Eichhorn[27]), es finde auch in dem zuerst angeführten Falle, wenn nämlich der Eigenthümer die Sache freiwillig aus seinen Händen gegeben, die dingliche Klage statt, und es greife der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, gerade hier ein, indem derselbe nur eine Modifikation des Eigenthums-Prozesses zur Folge habe, wonach der Eigenthümer sich den Vormann des Beklagten als Gegner gefallen lassen müsse; allein wenn schon die Worte: Hand muß Hand wahren, sich buchstäblich auch so deuten ließen, so spricht dagegen doch die Bedeutung des eben angeführten Grundsatzes: wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen, und ein Verein von Stellen, welche entschieden dahin gehen, daß der Eigenthümer sein Recht gegen den dritten Besitzer überall nicht verfolgen könne[28]).

Mit dem eigenthümlichen deutschen Vindikationsprozeß verlor auch der Grundsatz: „Hand muß Hand wahren" seine gemeinrechtliche Bedeutung, oder vielmehr: es sind neue Formen der Gewährleistung, der Streitverkündigung an die Stelle getreten. Dagegen hat der Grundsatz: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen," noch jetzt partikularrechtlichen Werth. Namentlich sind da und dort die auf dem Markt erkauften Sachen, die aus dem Pfandhaus veräußerten Gegenstände von der Vindikation ausgeschlossen. Auch das württembergische Pfandgesetz Art. 258 enthält eine hieher gehörige Bestimmung, wonach der Faustpfandgläubiger, welcher ohne sein Zuthun den Besitz des Faustpfands verloren hat, sein Pfandrecht an der betreffenden Sache nicht gegen denjenigen geltend machen kann, welcher in der Zwischenzeit in gutem Glauben ein Recht darauf erworben hat. Selbst gemeinrechtlich wird endlich von den Meisten angenommen, daß Schuldscheine auf den Inhaber und verlorne Wechsel dem redlichen dritten Besitzer nicht von dem Eigenthümer können abgefordert werden[29]).

---

26) Note 22.

27) Einl. in das d. Privatrecht §. 171.

28) S. nun auch Gaupp a. a. O. S. 119 f. Brackenhoeft oben S. 158.

29) Eichhorn Einl. §. 191.

Digitized by Google

Daraus, daß ein Sprichwort jetzt noch üblich ist, kann allerdings im Zweifel gefolgert werden, daß es noch praktischen Werth habe. Umgekehrt aber folgt daraus, daß dasselbe nicht mehr vorkommt, keineswegs, daß es unpraktisch sey; denn, da das Recht seiner ursprünglichen Bildungsquelle im Leben des Volks jetzt großentheils entzogen ist, so hat der Anlaß und die Neigung zu bestimmten wiederkehrenden Ausdrücken, welche früher in die Rechtssprache übergiengen, aufgehört, und, so häufig man auch noch andere Sprichwörter hört, so selten sind doch gerade die Rechtssprichwörter im Munde des Volks geworden.

Aber auch daraus, daß noch jetzt ein Sprichwort da und dort gilt, folgt noch nicht, daß diese Geltung eine gemeinrechtliche sey. Manche Sprichwörter sind ursprünglich nur partikularrechtlich und in diesem Fall konnten sie von Anfang an nur da angewendet werden, wo sie zu Hause sind. Andere hatten zwar ursprünglich eine gemeinrechtliche Bedeutung, die ihnen aber jetzt nicht mehr zukommt, weil römisches Recht und Landesgesetze die ihnen zu Grund liegenden Rechtsverhältnisse verdrängt oder verändert haben.

Einzelne ferner gehören nicht blos dem gemeinen Recht in Deutschland an, sondern dem europäischen Völkerrecht, wie z. B. „die Flagge deckt die Ladung," „frei Schiff, frei Gut," oder endlich dem natürlichen Rechte. In jenem Fall ist aus der europäischen Völkersitte die Bedeutung des Sprichworts zu entnehmen; in diesem aber genügt es, die Erklärung aus allgemeinen Vernunftgrundsätzen herzuholen. Hieher gehört z. B. die Rechtsregel: „Noth kennt kein Gebot" (necessitas non habet legem). Die Rechtsordnung setzt nämlich ihrem Begriffe nach überall die Möglichkeit eines freien Zusammenlebens der zu ihr verbundenen Vernunftwesen voraus. Wo nun ohne die Schuld des Einzelnen der Kreis des freien Handelns zwischen zwei oder mehreren Personen so eng gezogen ist, daß das Seyn des Einen nicht mit dem des Andern zusammen bestehen kann, da ist ein sog. Nothstand vorhanden, welcher außer dem Rechtsgesetze steht und daher nicht nach ihm beurtheilt werden kann. In einem solchen Falle befand sich jener Schieferdecker auf dem Straßburger Münster, welcher seinen Sohn, der vom Schwindel befallen bei ihm Hülfe suchte, ergriff und auf das Pflaster niederschleuderte, um nicht im Falle von ihm fortgerissen und so gleichzeitig zerschmettert zu werden. Ebenso gelang es vor wenigen Jahren einem französischen

Digitized by Google

Advokaten, unter Berufung auf Grotius und Pufendorf einen Dieb frei zu machen, der aus Hunger gestohlen hatte [30]), und auch in Deutschland müßte nach der peinlichen Gerichts-Ordnung [31]) bei diesem Beweggrund freigesprochen werden. Ungereimt ist es, in einem solchen Falle von einem Nothrechte zu reden, gleichsam einem Rechte, in der Noth Anderen Unrecht zu thun; denn, wo das Rechtsgesetz nicht anwendbar ist, kann weder der Begriff des Rechts, noch der des Unrechts gedacht werden. Aber es entscheidet auch nicht blos das Naturgesetz, wie Manche annehmen [32]), sondern das Sittengesetz muß auch hier noch eine Bestimmung abgeben, da vor dem Gewissen keine Handlung gleichgültig ist.

Es sey mir noch erlaubt, beispielsweise zu zeigen, wie eingreifend die Sprichwörter im Rechtssysteme waren und zum Theil noch sind. Ich wähle die Lehre von den Vermögensrechten der Ehegatten, woran dann noch Einiges aus dem Erbrechte sich anknüpfen lassen wird.

Ein Sprichwort sagt: „Mann und Weib sind Ein Leib." Hiermit stimmt überein das schwäbische Landrecht Kap. 256, wo es heißt: „Mann und Weib, die recht und redlich zur Ehe gekommen, da ist nicht Zweiung an; es ist nicht, denn Ein Leib und Leben." Das deutsche Recht nahm also nach dem Zeugnisse des Schwabenspiegels, das auch durch andere Quellen unterstützt ist, eine innige Leibes- und Lebensgemeinschaft unter den Ehegatten an. Sehen wir nun, was dasselbe aus diesem Grundsatze hergeleitet hat. Der Sachsenspiegel (I. 31) sagt: „Mann und Weib haben nicht gezwayet Gut bey ihrem Leben." Wird eine Gemeinschaft des Lebens (consortium omnis vitae) unter den Ehegatten angenommen, so sollte freilich eine Gemeinschaft der Lebensgüter sich von selbst verstehen; denn, wie das Sprüchwort sagt: „wem ich meinen Leib gönne, dem gönn' ich mein Gut." Folgerichtig fand daher auch in Deutschland vor Aufnahme des römischen Rechts die ehliche Gütergemeinschaft, so weit sie neben dem Stammgutssystem bestehen konnte, unter verschiedenen Formen Statt, indem das gesammte verfügbare Vermögen der Ehegatten während der Ehe („bei ihrem Leben") zu einem Gan-

---

30) Gazette des Tribunaux v. 24. Nov. 1828.

31) Art. 166.

32) J. B. Gros, Naturrecht §. 40.

zen verbunden wurde, welches der Herr des Hauses, der Mann, zu verwalten hatte, und woraus die Ausgaben der Ehe ohne Unterschied bestritten wurden. Als laborum periculorumque socia (Tac.) nahm die Frau Theil am Erwerbe des Manns, daher das Sprichwort: wenn die Decke über dem Kopf ist, sind die Eheleute gleich reich. Dagegen haftete sie auch für die vom Mann eingegangenen Schulden; denn: die den Mann trauet (d. h. heirathet), die trauet die Schuld; und nur durch eine feierliche cessio bonorum konnte sich die zurückgelassene Wittwe von einer übermäßigen Schuldenlast befreien, welche sie damit ausführte, daß sie das Sterbehaus abschloß und die Schlüssel auf den Sarg des Mannes legte, oder bei der Beerdigung ihren Gürtel feierlich löste und auf das Grab des Mannes fallen ließ [33]).

Die Wirkungen der Ehe begannen mit Vollziehung derselben durch die conscensio thori: ist das Bett beschritten, ist das Recht erstritten, oder auch mit der Heimfahrt: wer das Glück hat, führt die Braut heim; nach späterem Recht auch schon mit dem Kirchgang, d. h. mit der kirchlichen Trauung, wobei nach Werner ein eigenthümlicher symbolischer Gebrauch im Niederhessischen darin bestanden haben soll, daß alles Vermögen nach dem kinderlosen Tode des einen Ehegatten dem Ueberlebenden zufiel, nach dem Sprichwort: Hut bei Schleier, Schleier bei Hut. Eben jenes hier und da auch statutarisch verordnete ausschließliche Erbrecht des Ueberlebenden soll nach Lauterbach [34]) durch das Sprichwort ausgedrückt worden seyn: Wer den Kopf hat, schiert den Bart, indem nämlich der Nachlaß des Verstorbenen gleichsam als Zubehörde desselben mitgewonnen wurde. Das Gleiche besagen die Sprichwörter: „längst Leib, längst Gut" und „der Letzte macht die Thür zu." Indessen müssen alle diese Sprichwörter sehr vorsichtig ausgelegt werden, da sie eben so leicht auch auf bloße Gütergemeinschaft und deren Folgen sich beziehen lassen, wie namentlich das Sprichwort: Hut bei Schleier ꝛc. auf die gemeinschaftliche Haftung für Schulden, das Sprichwort: längst Leib, längst

---

33) Das Erstere kommt namentlich in altwürttembergischen Statuten, das Letztere in französischen Coutumes vor. Vgl. auch Kaiserrecht Thl. II. Cap. 50.

34) Coll. theor. pract. Tom. II. tit. de success. juris nov. §. 50. (Hinweisung auf Ulm, Reutlingen, Eßlingen.)

Digitized by Google

Gut auf den dem Ueberlebenden zukommenden lebenslänglichen Beisitz auf den Gütern *).

Wichtig ist im Erbrecht besonders das Sprichwort: „Der Todte erbt den Lebendigen." Auf den ersten Anblick scheint hierin ein doppelter Widerspruch zu liegen: 1) weil ein Todter nicht erben, 2) weil ein Lebendiger nicht beerbt werden kann; denn viventis hereditas non est. Indessen wird jener Satz von den Aelteren, namentlich Schilter [35]), Heineccius [36]), Eisenhart (S. 327.) dahin ausgelegt, daß im Augenblick des Todes der Besitz der Verlassenschaft auf den Erben übergehe, ohne daß es einer besonderen Besitzergreifung bedürfe, während dagegen Neuere, namentlich Eichhorn (§. 337.), Albrecht (Gewere. S. 32.) und Philipps [37]) denselben in Verbindung mit dem Begriff der Gewere bringen und annehmen, diese eben, d. h. das Vertheidigungsrecht, nicht der faktische Besitz, gehe im Augenblick des Todes der Erblasser über auf den Erben, wovon die Folge sey, daß der Erbe, ohne angetreten zu haben, die Erbschaft weiter an seine Erben transmittire. An der Richtigkeit dieses Grundsatzes ist nicht zu zweifeln, so daß im deutschen Recht sich als Regel darstellt, was im römischen Recht nur Ausnahme bei dem sogen. suus heres, dem Hauskinde, ist. Allein damit ist der Satz: der Todte erbt den Lebendigen, nicht erklärt. Zwar wird das Wort erben zuweilen auch im Sinne von vererben gebraucht (z. B. von Luther in der Uebersetzung der salomonischen Sprüche Cap. XIX. Spruch 14. [38]), und da der auf dem Sterbebette befindliche Erblasser nach deutschem Recht nicht mehr vergeben konnte, als was er noch mit der Hand über das Bett zu reichen im Stande war, weil er auch nicht mehr vertheidigen, gewehren konnte, so meint Phillips, könnte unter dem Todten auch schon der Sterbende verstanden seyn, so daß das Sprichwort eigentlich heißen sollte: der Sterbende vererbt das Seinige auf den Ueberlebenden. Allein damit wäre nichts gesagt, als eine offenkundige Wahrheit und das Piquante, welches man von einem Sprichwort erwartet, fiele hinweg.

---

*) C. L. Runde, patriotische Phantasien S. 58. 203.)

35) Exerc. XV. §. 13.

36) Elem. juris germ. lib. II. tit. 10. §. 36.

37) Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. Bd. VII. Nro. 1.

38) Vgl. sächs. Lehenrecht Cap. 6.



Digitized by Google

Dieses liegt nun aber gerade in dem überraschenden Gegensatze des Todten, der erbt, und des Lebendigen, der beerbt wird, und man kommt daher dem Sinne des Sprichworts gewiß näher, wenn man mit Pütter annimmt: dasselbe sey wörtlich dahin zu verstehen: der Todte beerbt den Lebendigen. Allein nun fragt sich, wie rechtfertigt sich diese sonderbare Deutung?

Das deutsche Recht gieng wie das römische, von einer juristischen Einheit zwischen dem Erblasser und seinem Erben aus, vermöge welcher dieser die Person des erstern fortsetze. Das deutsche Recht gieng aber noch weiter, indem es diese Einheit annahm zu einer Zeit, wo der Erbe noch nicht heres im römischen Sinne war. Schon zu Lebzeiten des Erblassers äußerte sie sich gewissermaßen in dem Widerspruchsrecht des Erben gegen Veräußerung des Erbguts und in der subsidiären Haftung desselben für das Wehrgeld, welches der künftige Erblasser an Dritte zu entrichten hatte, wogegen anderer Seits der Erbe auch wieder das Wehrgeld für den erschlagenen Erblasser erhob. Vollständig stellt sich aber jene Einheit dar im Augenblicke des Tods des Erblassers. Wie nämlich das Verfügungsrecht des Erblassers mit der Vertheidigungsfähigkeit allmälig abnahm, so daß der Sterbende eigentlich nichts mehr auf dieser Erde hatte, so geht dagegen jenes Verfügungs-Recht allmälig auf die Erben des Bluts und der Gewere über, und bei dem Tode des Erblassers sind diese bereits ganz an die Stelle desselben getreten, ohne daß es einer Erwerbhandlung von ihrer Seite bedurft hätte. Le roi est mort, vive le roi, d. h. im Augenblick, wo der König todt ist, steht schon sein Nachfolger an der Stelle.

Eine Folge dieser fortschreitenden unitas personae ist nun auch der Grundsatz: der Todte erbt den Lebendigen. Was nämlich der Erbe an Vermögen schon besaß beim Tode des Erblassers, bildet jetzt eine Masse mit dem Nachlasse und kommt somit dem Todten nachträglich zu, ohne daß er es erworben hätte. Der Todte erbt somit gleichsam den Lebendigen, le mort saisit le vif, d. h. er nimmt das Seinige in Anspruch zu Deckung seiner Schulden. Damit stimmt überein die auch in altwürttembergischen Statuten zuweilen vorkommende Rede: „Wer erbt, muß bezahlen," oder „die Schulden sind der nächste Erbe" 39). Der Erbe haftet aber nicht blos für die

39) Eisenhart S. 311.

Digitized by Google

Schulden des Erblassers, so weit die Erbschaft reicht, sondern auch über die Kräfte derselben. Wer einen Heller erbt — sagt das Sprichwort — muß einen Thaler bezahlen. Der Erbe mag sich daher wohl besinnen, ehe er sich der Erbschaft annimmt: Mortuus aperit oculos viventis. Genöthigt, sich derselben anzunehmen, war er nicht; auch lag für ihn, wenn er nicht in der Zwischenzeit von den Gläubigern gedrängt wurde, ein mittelbares tempus deliberandi in der Frist von Jahr und Tag, während welcher der Richter die vakante Verlassenschaft dem Erben vorbehielt, oder doch eine rechte Gewere auf Seite entfernterer Verwandter, welche sich in Besitz derselben gesetzt hatten, nicht entstehen konnte [40]). Allein um sich der Erbschaft anzunehmen und Rechte aus ihr auf die eigenen Erben zu übertragen, bedurfte es keiner Antretung und keiner Einmischung; der rechte Erbe erwarb vielmehr ipso jure im Augenblick des Anfalls die Erbschaft und verlor solche nur durch den Ablauf von Jahr und Tag, sofern nach dieser Zeit entweder der Richter die Verlassenschaft als erblos einzog, oder ein Dritter unter dem Schutze des Richters binnen gleicher Zeit sich im Besitz derselben behauptet hatte. Hatte sich der Erbe aber einmal der Erbschaft angenommen, so konnte er nun nicht mehr vorschützen, daß er der Erbschaft sich entschlagen habe. Nun gehen ihm — vielleicht zu spät — die Augen auf; aber er bleibt verbindlich. — Daher warnen auch die Sprichwörter vor leichtsinniger Aufsuchung von Erbschaften. „Erfniß ist geen Winste" (kein Gewinn), sagt ein niederländisches Sprichwort [41]). Diß bestätigt auch das Sprichwort: „Wer will verderben, der borge Geld und kaufe Erben" [42]).

Es bleibt mir noch übrig, über das psychologische Moment in der Entstehung und im Gebrauche der Rechtssprichwörter einige Worte beizufügen. Was uns an dem Sprichwort hauptsächlich auffällt, ist nicht sowohl die prägnante Kürze, als vielmehr die öfters derbe Bestimmtheit und die sinnige Einfalt, welche sich darin ausspricht. Ein bloßes Spiel der Laune oder des Mutterwitzes darin

40) Sächs. Landr. I. 58. II. 42. Albrecht, Gewere S. 59.

41) Eisenhart S. 512.

42) Pistor. thes. Cent. III. Nro. 19. Bezieht sich wohl auf Erbschaften, nicht auf Güter — Erbgüter.



Digitized by Google

suchen zu wollen, verbietet schon der allgemeine Gebrauch derselben, selbst unter den ernstesten Umständen. In der That gibt es kaum eine Lage des Lebens, worauf nicht irgend ein Sprichwort Anwendung fände. — Auf der andern Seite darf man aber auch ihren Werth nicht überschätzen und die Spuren einer überwiegenden geistigen Offenbarung, das Vermächtniß eines gediegeneren Zeitalters darin finden. Man setzt das Mittelalter und seine Einrichtungen nicht herab, wenn man der neueren Zeit ein geistigeres Streben und im Allgemeinen selbst eine sittlichere Richtung zuschreibt. Aber man ist jenen Einrichtungen hinwieder die Anerkennung schuldig, daß sie, weil aus dem Volke hervorgegangen, seinen Sitten und materiellen Bedürfnissen großentheils entsprechend, im Durchschnitt nationaler waren, als die heutigen, welche nicht nur dem Volke entfernter stehen als die früheren, sondern auch ein der Mehrheit des Volks entschieden inwohnendes Bedürfniß theilweise unbefriedigt lassen: ich meine die Gemüthlichkeit. Eben der gemüthliche Charakter des Volks ist es, welcher in jenen sinnvollen Sprüchen ehrlich hervortritt, ohne von dem praktischen Volksverstande und der gesunden Einbildungskraft unsrer Vorfahren eine geringere Meinung zu erwecken.

Doch alle diese Volksanlagen würden nicht hingereicht haben, gerade den Rechtssprichwörtern ihre Entstehung zu geben, wenn nicht die Neigung zur Positivität, d. h. Bestimmtheit und Stetigkeit im Rechte sich damit verbunden und in der dem Volke früher zugekommenen Autonomie Anlaß zu ihrer Entwicklung gefunden hätte. Was Tacitus (Cap. 19) von den Germanen sagt: daß gute Sitten bei ihnen mehr gelten, als anderwärts gute Gesetze, läßt sich zwar auch von den heutigen Deutschen sagen, besonders im Gegensatz zu dem fremden Rechte, welches in den 3 Jahrhunderten, über die es nunmehr in fast unbedingter Anwendung bei uns steht, doch nicht eigentlich heimisch auf deutschem Boden geworden ist.

Aber nachdem das Recht aus der organischen Einheit, in der es mit dem ganzen Daseyn des Volks, seiner Sprache und seiner Geschichte gestanden, herausgerissen worden, sind jene Sitten, wiewohl das allein Ursprüngliche und Eigenthümliche in unsrem Rechte, vielfach in den Hintergrund getreten, und so ist auch von den Rechtssprichwörtern mehr nur in den Büchern, als im Leben selbst, hier und da ein Nachklang übrig geblieben.

Digitized by Google

Möge die Wissenschaft nicht müde werden, von diesen und andern Zeugnissen des vaterländischen Rechts Kunde zu nehmen und Kunde zu geben, um sie mit dem, was vom fremden Rechte gültig im deutschen Lande geworden, zu einem Ganzen zu verbinden, und so den Grund zu einem nationalen Rechtsbuche zu legen, welches vielleicht eine der Segnungen ist, die dem künftigen Geschlechte vorbehalten sind!

---

Digitized by Google

## IX.

# Zur Auslegung und Anwendung von II. F. 45.

Von

Dr. A. L. J. Michelsen,
ordentl. Professor an der Universität zu Kiel.

Der Text, zu dessen Erläuterung hier beigetragen werden soll, lautet so *):

Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem universa**) hereditas pertinet, repudiata hereditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine***) solvere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, ut de eis debitum solvatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus, considerabitur.

§. 2. Ubi vero filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare: sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet: quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit, et licet alterum sine altero retinere non possit, agnatis tamen consentientibus poterit dominus eum, si voluerit, quasi de novo beneficio investire; quo facto licebit ei repudiata hereditate feudum tenere, nullo onere ei hereditario imminente.

Bekanntlich hat sich über diese Stellen eine so große Meinungsverschiedenheit der Schriftsteller ausgesprochen, daß die Begründung und das Verständniß derselben den controversesten Rechtsmaterien beigezählt werden mag; jedoch dieses dogmengeschichtliche Feld, ein von Controversen wahrhaft überwuchertes, zu bepflügen, ist jetzt

---

*) Senkenberg c. j. feud. 1740. p. 405.

**) al. vasalli statt universa.

***) Cujacius propter feudum statt feudi nomine.

Digitized by Google

keinesweges unsere Absicht. Immer wäre dabei, wie überhaupt in der juristischen Dogmengeschichte, der Grundsatz festzuhalten, daß nicht jede Beschränktheit oder jede Grille, die durch die Presse ins Publicum gebracht worden, den Namen einer Rechtscontroverse verdient. Es sollen in der folgenden Darstellung nur die Hauptgegensätze der verschiedenen Ansichten und Auslegungen angedeutet und hervorgehoben werden.

Der Inhalt unseres Textes, einfach übertragen, ist dieser:

Tritt der Fall ein, daß ein Vasall ohne alle Nachkommen stirbt, so kann ein Agnat, dem die gesammte Erbschaft zufällt, die Erbschaft ausschlagen, und doch das Lehen, wenn es ein altväterliches ist, behalten, ohne daß er gezwungen ist, zur Abtragung der Erbschaftsschulden irgend mit dem Lehen aufzukommen; aber die Lehensfrüchte, wenn der Vasall solche bei seinem Tode hinterließ, haften allerdings für die Schulden.

Hat der Vasall dagegen einen Sohn hinterlassen, so kann dieser nicht die Erbschaft ohne das Lehen ausschlagen, sondern er muß entweder beides behalten, oder beides ausschlagen, und schlägt er aus, so fällt das Lehn, wenn es ein altväterliches ist, an die Agnaten. Obgleich er also das Eine nicht ohne das Andere behalten darf, so kann doch der Lehnsherr, wenn er will, unter Einwilligung der Agnaten ihn mit dem Lehn als einem neuen Lehn investiren, und dadurch wird ihm dann die Möglichkeit gegeben, die Erbschaft auszuschlagen und dennoch das Lehn anzunehmen, ohne mit erbschaftlichen Lasten beschwert zu werden.

Hierin sind offenbar zwei Hauptbestimmungen enthalten, nämlich: a) ein Agnat, ein Seitenverwandter succedirt in das Lehen, auch wenn er die Allodialerbschaft ausschlägt; b) ein Sohn, ein Descendent succedirt immer nur in das Lehen und Erbe zusammen.

Was die erstere Bestimmung angeht, welche die Lehns- und Allodialsuccession sich entgegensetzt und beide trennt, so ist sie den Schriftstellern zu Ende des vorigen Jahrhunderts als eine ganz natürliche erschienen, welche die Lehensfolge überhaupt als eine Singularsuccession ansahen, meistens schlechthin als successio ex pacto et providentia majorum. Die andere Bestimmung aber, worin Lehen und Allod für den Successor als unzertremlich, als Einheit behandelt ist, war es, welche für manche Interpreten ein so schwieriges, ja räthselhaftes Problem wurde. Man konnte sich

Digitized by Google

nicht darein finden, das Lehen als einen Theil der Erbschaft überhaupt zu betrachten, denn auch der Sohn sollte als Lehensfolger ein Singularsuccessor seyn, folglich die Erbschaft ausschlagen und dennoch das Lehen erwerben können. Die Bestimmung unsers Textes über den Sohn als Successor sollte daher eine singulaire, mithin stricte zu interpretirende seyn, welche aus besonderen, nicht im Rechtsbegriffe selber enthaltenen Gründen eingeführt worden sey, etwa, wie man sich ausdrückte, aus Respect gegen den Vater, oder um durch das Haften für die Schulden die Ehre des verstorbenen Vaters zu retten, u. dgl. Eine unbefangene Würdigung unseres Textes erkennt hingegen, schon nach der Fassung desselben, darin nichts als eine anerkannte Rechtsnothwendigkeit, in Bezug auf welche sogar angegeben wird, wie man ihr auf rechtsbeständige Weise auszuweichen im Stande sey, nämlich dadurch, daß der Sohn beides ausschlägt, das Lehen und das Allod, und darauf mit Einwilligung der Agnaten ex nova gratia vom Lehensherrn sich neu belehnen läßt. Das ist nicht die Fassung eines reinen Prohibitivgesetzes oder einer Pönalsanction. Jene Rechtsnothwendigkeit ist aber darin zu suchen, daß in dem longobardischen Lehenrecht, auf welches im Ganzen das römische Recht bekanntlich eine sehr starke Einwirkung geäußert hat *), und welches auch als decima collatio novellarum in Deutschland recipirt worden, der erbfolgende Sohn als den verstorbenen Vater repräsentirend, als Universalsuccessor nach römischen Grundsätzen behandelt ist.

Schon unser Text selbst lehrt unverkennbar, wenn man bei Auslegung desselben nicht zu Willkürlichkeiten seine Zuflucht nehmen will, daß die Lehensfolge des Agnaten und die Succession des Sohnes auf zwei verschiedene Fundamente sich stützen müssen. Die agnatische Lehensfolge gründet sich auf den Investiturvertrag des ersten Erwerbers, die des Sohnes dagegen ist wahre und volle Beerbung; weshalb auch in II. F. 11 pr. zuerst gesagt wird: per a) successionem quoque, sicut per b) investituram beneficium ad nos pertinet: worauf hier weiter ausgeführt wird, wie auf der einen Seite die Söhne und männlichen Descendenten folgen (per succes-

---

*) Vergl. II. F. 1 pr. »Causarum, quarum cognitio nobis committitur, aliae dirimuntur jure Romano; aliae legibus Longobardorum: — — — legum Romanarum non est vilis autoritas. — — —«

Digitized by Google

sionem), und dann in Ermangelung dieser andrerseits (per investituram) die Brüder und sonstigen Agnaten, si feudum sit paternum, hoc est, si fuit illius parentis, qui ejus fuit agnationis communis. Dieser Dualismus, in welchen so viele Ausleger sich nicht gebührlich finden konnten, verliert das Auffallende, was er beim ersten Anblicke hat, und seine Unwahrscheinlichkeit gänzlich, sobald man erwägt, daß nach deutschem Recht *) das Lehen gar nicht auf Seitenverwandte vererbte, ungeachtet ihrer Abstammung vom ersten Erwerber, sondern nur vom Vater auf den Sohn, und daß man daher, um den Collateralen ein Folgerecht zu gewähren, um eine Agnatensuccession zu begründen, auf ein eigenes Auskunftsmittel bedacht seyn mußte, wozu man sich, wie bekannt, vornehmlich der Belehnung zur gesammten Hand bediente. Das longobardische Lehenrecht räumt nun zwar allen Descendenten des ersten Erwerbers ein Folgerecht ein, aber dem Sohne doch ein andres als dem sonstigen Agnaten: jener ist gewöhnlicher Erbe. Wenn aber Eichhorn **), mit dem wir übrigens in der Hauptsache harmoniren, sich dahin äußert, der Sohn sey wie jeder Erbe behandelt worden und habe auch gar keine Ursache gehabt, sich der Erbschaft zu enthalten, da er die Schulden immer nur bezahlte, so weit die fahrende Habe reichte, denn in dieser Hinsicht sey das lombardische Recht von dem deutschen gewiß nicht verschieden gewesen, so glauben wir in dem letzten Puncte entschieden widersprechen zu müssen. Wir halten uns überzeugt, um mit Eichhorn zu reden: die römisch gebildeten Juristen, von welchen der liber feudorum herrührt, sahen den Agnaten nicht als Erben an; weil ihm das Erbe in der Regel gar nicht deferirt wurde, beurtheilten dagegen den Sohn als wirklichen Erben, im Sinne des römischen Rechts, als einen per universitatem successor, nicht blos in Bezug auf die Folgerung und den Satz, daß man eine Erbschaft nicht theilweise annehmen und theilweise ausschlagen könne, woraus sich weiter der Folgesatz von selbst ergiebt, daß das Lehen nicht ohne das Allodium erworben werden solle; sondern überhaupt, also auch in Bezug auf die Schul-

---

*) Sächs. Lehenr. Art. 21. Schwäb. Lehenr. 18, §. 2. — Eichhorn's deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 364. Michelsen über die erste holsteinische Landestheilung. Kiel 1838. S. 23, 37 ff.

**) Eichhorn's Einl. §. 351.

Digitized by Google

denhaft. Das zeigt schon unseres Erachtens der Ausdruck und Sprachgebrauch des liber feudorum *), das lehrt auch die Glosse **), die für die Erklärung des ursprünglichen Sinnes desselben eine viel höhere Bedeutung hat, als die Glosse für das römische Recht, weil jene in der Zeit und Art ihrer Entstehung der Abfassung des glossirten Textes so nahe steht.

Da die Schriftsteller ***) der älteren Zeit so oft in der unrichtigen Voraussetzung befangen waren, jede Lehensfolge, ohne Unterscheidung der Descendenten und Collateralen des letzten Besitzers, sey nach longobardischem Lehenrecht eine Singularsuccession, so erfanden sie, um mit der ihrer Meinung nach singulären Vorschrift in II. F. 45 fertig zu werden, einen Unterschied zwischen einem sogenannten Erblehen (feudum hereditarium) und einem Stammlehen (feudum ex pacto et providentia majorum). Ersteres sollte ein solches seyn, welches so verliehen worden wäre, daß die Succession den Charakter der Civilerbfolge haben solle. Hierauf müsse II. F. 45 Anwendung leiden, denn der Sohn sey bei demselben genöthigt, Allodialerbe zu werden. Das Stammlehen dagegen sey ein nach den Regeln des Lehenrechtes constituirtes, und dabei müsse es dem Sohne freistehen, ob er Allodialerbe des Vaters werden wolle oder nicht, denn ein solches wahres Lehen müsse vom Allodium unabhängig bleiben, und darauf könne also II. F. 45 nicht angewandt werden. Allein dieser ganze Unterschied †), der freilich in der Folge bekanntlich eine gewisse practische Bedeutung erlangt hat, findet sich in den libris feudorum noch gar nicht, ja er widerstreitet dem Sprachgebrauche ††) derselben.

Daß aber nach dem longobardischen Lehenrechte die Succession der Descendenten als eine Universalsuccession im Geiste des römischen Rechts ist behandelt worden, das erhellet nicht nur aus der

*) Es ist in Bezug auf den Sohn als Erben, der durchgehends heres, heres legitimus genannt wird, regelmäßig die römische Terminologie gebraucht.

**) Glosse zu II. F. 1, 1. und zu II. F. 45.

***) Vgl. Rosenthal synopsis jur. feud. cap. 7. Hartm. Pistoris quaest. II. 1, 2. v. Kamptz, Vers. über das longob. Lehensgesetz II. F. 45. Göttingen 1794.

†) Vergl. die Nachweisungen in Eichhorn's Einl. § 351.

††) II. F. 34. §. 4.

Digitized by Google

consequenten Folgerung, welche unser Text davon giebt, sondern auch aus mehreren anderen Argumenten, mit denen wir uns nunmehr hier beschäftigen wollen.

Nach altdeutschem Rechte *) ging der Nachlaß des Verstorbenen auf den Erben über, allerdings als ein Ganzes, wenn auch in der Masse einzelne Bestandtheile unterschieden und auf eigenthümliche Art vererbt wurden, z. B. die Gerade und das Heergewete **); aber der Erbe repräsentirte nicht den Erblasser in der Art, daß er persönlich für dessen Schulden aufkam, sondern er haftete nur mit dem Gute, das auf ihn vererbte. Was nach Justinianischem Rechte das Inventar als beneficium juris gewährte, das war ursprünglich in Deutschland die gemeine ratio juris. Nach dem Sächs. Landrecht I. 6 ist bekanntlich die Verbindlichkeit, für die Schulden zu haften, noch auf die fahrende Habe eingeschränkt, aber schon vor Ablauf des Mittelalters, als der Geldverkehr zunahm, auch häufiger Schuldenbelastung vorkam, gestaltete sich dieses Rechtsverhältniß so, auch wo an einen Einfluß römischer Gesetzgebung und Grundsätze nicht gedacht werden kann und darf, daß der Erbe wenigstens subsidiär, wenn die Fahrniß nicht zureichte, mit dem ererbten Eigen die Schulden des Erblassers decken mußte. Man vergleiche z. B. das alte Dithmarsche Landrecht vom Jahr 1447, wo es nach einem vor uns liegenden originalen Pergamentcoder ***) heißt: Item efft en man storue vnde were alzo vele schuldich dat me de schult nicht betalen konde, nemet sine neghesten dar nicht van, so en doruet se do siner schult ok nicht betalen. Nemet se dar wes van, und tastet de gudere an, so moten se sine schult betalen. Item efft enes mannes schult alzo grot were, dat he mit deme buwgude unde mededele nicht betalen konde, so schalme tasten an sin herwede unde an ere cledere do. Item dat de schult alzo grot were, datme mit deme buwgude unde mededele unde herwede nicht betalen konde, so schalme tasten an des mannes vrigen acker unde

*) Vgl. Hasse in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft I. 8. 36.

**) Vgl. Grimm's deutsche Rechtsalterthümer. S. 568 ff.

***) Es ist dieses erste Dithmarsche Landrecht zwar in Westphalen mon. ined. T. III. gedruckt, aber ungemein fehlerhaft. Der Verfasser gegenwärtigen Aufsatzes beabsichtigt nächstens die Herausgabe dieser und der übrigen alten Rechtsquellen Dithmarschens.

Digitized by Google

an ere vplatinghe. Hierin finden wir, ohne daß bei diesem Landrechte seiner Entstehung und seinem ganzen Charakter nach irgend an eine Einwirkung römischer Normen zu denken ist, also deutlich bestimmt, daß die Erben, sofern sie sich in den Nachlaß einmischen und irgend Güter davon zu sich nehmen, für die Schulden des Erblassers zu haften haben, jedoch nur mit dem Inhalte des Nachlasses. Letzteres ist genauer dahin normirt, daß zuvörderst zur Tilgung der Schulden des Erblassers sein gewöhnlicher Mobiliarnachlaß dienen solle, und erst wenn dieser nicht zureiche, sein Heergewete, oder ist es eine Erblasserin, ihre Kleider (Gerade). Ist aber auch dieses nicht hinreichend, so soll man zuletzt auch den freien Grundbesitz des Verstorbenen oder das hinterlassene Leibgedingsgut der Verstorbenen angreifen.

Jedoch eine zwischen dem Erblasser und Erben eintretende Personeneinheit findet nach dem älteren deutschen, von römischen Grundsätzen noch nicht afficirten Rechte nicht statt. Es konnte daher auch, wo dem Erbfolger Lehen und Allod zugleich anfiel, in seiner Willkür liegen, ob er das Eine behalten und das Andere ausschlagen wollte. Ganz anders nach römischen Principien. Die hereditas ist *) eine successio in universum jus, quod defunctus habuit, in dem Sinne, daß der Erbe alle Erbschaftslasten übernehmen muß, und **) scindendo hereditatem adire non potest. Der Erbe vertritt den Erblasser absolut, ihre vermögensrechtliche Person ist identificirt. Auf diesem Princip beruht offenbar unser Text in II. F. 45. Der Haussohn wird nach römischen Grundsätzen ipso jure Erbe, von ihm heißt es in l. 11. D. de liberis et postumis, es sey eine continuatio dominii — — ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur — — —. Darauf beruft sich ausdrücklich die Glosse zu den libris feudorum. Die Universitas, in welche der Sohn als Erbe des Vaters eintritt, ist eine unzertrennliche Gesammtheit und Einheit. Er hat nicht zwei verschiedene Qualitäten, als Lehensfolger und als Allodialerbe, sondern nur die eine, ihrem Begriff nach untheilbare Qualität des Universalsuccessors.

*) l. 24. D. de V. S.

**) l. 1. l. 2. D. de adq. vel omitt. hered.

Digitized by Google

Nach dieser Grundidee enthält auch unser Lehenrechtsbuch verschiedene höchst wichtige Sätze, die folgerichtig daraus hergeleitet sind. Wir erwähnen zuvörderst der Lehre von der Revocatorienklage. Wenn der Sohn als Universalsuccessor das Lehen und die Allodialmasse zusammen erwirbt und in römischer Weise vermögensrechtlicher Repräsentant seines Vaters ist, so muß er auch pflichtig seyn, die Verfügungen und Veräußerungen des Vaters anzuerkennen. Er kann nicht zur Anfechtung derselben in Rücksicht auf das Lehen befugt seyn *). Wir finden daher auch in unserem Lehenrechtsbuche auf das bestimmteste ausgesprochen, daß den Descendenten des Veräußerers kein Revocationsrecht zusteht, während den Agnaten ein solches zugeschrieben wird, wenn sie nicht etwa selbst oder ihre Agnaten, deren Handlungen sie anzuerkennen haben, in die Veräußerung einwilligten. Hierin liegt gerade der Hauptgrund, weshalb man zuerst wieder darauf aufmerksam wurde, daß die lombardische Lehensfolge der Descendenten doch die Natur einer Universalsuccession haben müsse. Eine Hauptstelle aber dafür, daß den Descendenten ein Revocationsrecht nicht zusteht, ist II. F. 83, folgendermaßen lautend: Si alter ex fratribus, qui paternum habeat beneficium, suam portionem dederit domino vel alicui extraneo: dominus vel extraneus tam diu teneat sine praejudicio, quam diu ille qui dedit, heredem masculum habuerit: si vero sine herede decesserit, alter frater, si vixerit, vel ejus heres sine ullo obstaculo et temporis praescriptione beneficium quod hereditarium est, vindicet a quocunque possessore. Zwar ist dieser bestimmte Ausspruch, dessen Inhalt durch manche andere Zeugnisse und Beweisgründe mehr und minder unterstützt wird, von den Schriftstellern, die davon ausgingen, die Lehensfolge sey durchgehends eine Singularsuccession **), vielfach gezwickt und gezerrt worden. Man hat ihn namentlich auf die Weise beseitigen wollen, daß man sich darauf berief, es sey nur ein capitulum extraordinarium. Aber

*) Vermehren, de discrimine inter jus revocandi et jus retrahendi feudum. Jen. 1825. Desselben Erinnerungen aus Lehenrecht. Jena 1827. Abhandl. 2.

**) Vergl. u. a. Posse die Succession der Kinder in alte Lehen- und Stammgüter. Rostock 1805. J. L. Boehmer, de filio vasalli successore in feudo. Goett. 1779.

Digitized by Google

es ist damit doch ein klares Zeugniß abgelegt über die damals herrschende Ansicht, und dies dient zur Interpretation anderer Stellen, in welchen derselbe Grundsatz vorausgesetzt wird. Man hat im Ganzen bei der Auslegung und Anwendung der libri feudorum nicht von dem Begriffe eines Gesetzbuches, welches lauter positive Gebote und Verbote enthalte, sondern vielmehr von dem Begriffe eines mittelalterlichen Rechtsbuches auszugehen, welches das lebendige Recht nur bezeugen und die consuetudines feudorum lehren will. Man hat dabei die Resultate der bekannten neueren Forschungen über die Entstehung und erste Bearbeitung der libri feudorum zu berücksichtigen und zu benutzen.

Daß übrigens der nächste Agnat das Revocationsrecht hat, geht z. B. aus II. F. 9 hervor: — — in prohibendo autem vel redimendo potior erat proximi agnati quam domini conditio: si tamen feudum erat paternum. Daraus haben freilich die Gegner*) unserer Ansicht gerade den Beweis entnehmen wollen, daß die Söhne zur Revocation berechtigt seyn müßten, denn sie wären die nächsten agnati. Allein so unzweifelhaft es ist, daß nach dem römischen Rechte und Sprachgebrauche**) die Söhne agnati sind, eben so gewiß ist es, auch von Anderen längst dargethan***), daß in den Quellen des longobardischen Lehenrechts die agnati oder propinqui regelmäßig und durchgängig den filiis und descendentibus entgegengesetzt werden †). In jener Stelle nöthigt aber der Zusatz: „si tamen feudum erat paternum" offenbar zu der Annahme, daß von Collateralen die Rede ist. Man füge u. a. hinzu II. F. 39 pr. wo gesagt wird: Alienatio feudi paterni non valet, etiam domini voluntate, nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoque sit reversurum. Auch hier zwingt der letzte Zusatz wieder anzunehmen, daß unter den einwilligenden Agnaten die Collateralen zu verstehen sind, auf welche erst alsdann, wenn der Veräußerer und dessen Descendenz ausgestorben ist, das Lehen fällt.

*) Vergl. Posse a. a. O. S. 54.

**) l. 12. D. de suis et legitimis.

***) Vgl. Vermehren's Erinnerungen ans Lehenrecht. Abhandl. 2.

†) II. F. 21. II. F. 26. §. 13. II. F. 26. §. 17. II. F. 51. §. 4: filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo, propinquus autem potest. II. F. 45.

Digitized by Google

Die Schwierigkeit, auf welche man in dieser Hinsicht in II. F. 11 pr. gestoßen ist, erweist sich bei unbefangener Auffassung als in der That nur scheinbar. Es heißt hier: Per successionem quoque sicut per investituram beneficium ad nos pertinet. Mortuo enim eo, qui beneficium tenebat, prima causa liberorum est. Filiis enim existentibus masculis vel ex filio nepotibus vel deinceps per masculinum sexum descendentibus, ceteri removentur agnati. Man hat hier, um die von uns auch vertheidigte Ansicht zu schützen, ceteris statt ceteri zu lesen und das letzte Comma zu versetzen vorgeschlagen *). Allein wir erklären mit Eichhorn **) diesen Text einfach dahin, daß „ceteri removentur agnati“ dem Zusammenhange nach nichts anderes heißt, als alle übrigen Lehensfolger, d. i. die Agnaten, denn es soll offenbar der Gegensatz der filii et deinceps per masculinum sexum descendentes ausgedrückt seyn, in der Angabe: die Descendenten schließen die Agnaten aus.

Sodann weisen wir ferner, zur Erörterung und Vertheidigung der von uns, nach dem Vorgange mehrerer der neuesten Lehenrechtslehrer, vertretenen Ansicht, daß die longobardische Lehensfolge der Descendenten eine Universalsuccession ist, auf die Folgen in Ansehung der Felonie und Quasifelonie ***) hin.

Stellt man die Voraussetzung an die Spitze, wie es von so vielen Schriftstellern geschehen ist, daß jede Lehensfolge eine Singularsuccession, eine successio ex pacto et providentia majorum sey, und daß daher auch die Descendenten direct zufolge ihrer Comprehension in der ersten Investitur folgen; so ist die Regel, wonach durch die Felonie des Ascendenten das Lehen für die Descendenten verloren †) geht, nicht ohne Künstelei und willkürliche Annahmen zu erklären. Man sieht sich alsdann gezwungen, von erblichen Verbrechen zu reden, und sich auf die famose lex Quisquis zu be-

*) Vgl. Hennemann über II. F. 45 und die Descendentenfolge in Lehen. Schwerin 1804.

**) Eichhorn's Einl. §. 228. Anmerk.

***) Hierauf bin ich in dieser bestimmten Anwendung — was ich nicht verschweigen zu dürfen glaube — zuerst durch eine gelegentliche, sehr gelehrte, handschriftliche Ausarbeitung meines Freundes, des Herrn Kammerjunkers Ad. v. Warnstedt, aufmerksam geworden.

†) Vgl. Eichhorn's Einl. S. 594.

Digitized by Google

rufen. Erkennt man dagegen die Theorie von der Universalsuccession der Descendenten als die richtige an, so hat der Sohn kein selbstständiges, sondern nur ein vom Vater abgeleitetes Recht, und es ergiebt sich von selbst, daß er nicht mehr erben kann, als was der Vater hinterläßt. Die Annahme, die Felonie sey als erbliches Verbrechen angesehen worden, steht auch im Widerspruch mit den über die Privationsklage geltenden Bestimmungen *), wonach dieselbe, als actio vindictam spirans, falls sie nicht schon bei Lebzeiten des Vaters angestellt war, nicht gegen die Erben übergeht. Die Descendenz geht des Lehens verlustig, weil sie ihr Recht vom Vater ableitet. Dies ist aber keine Strafe, sondern nur ein indirectes Uebel, welches die Nachkommen dadurch trifft, daß das Vermögen des Vaters abgenommen hat. Den Agnaten wird das Lehen dadurch nicht entzogen, weil ihr Folgerecht selbstständig ist, unabhängig auf die erste Investitur sich gründend. Also nur temporäre Consolidation kann eintreten. Aus diesen Grundsätzen erklärt es sich ganz natürlich, wenn es heißt **):

II. F. 26. §. 17. Si vasallus culpam committat, propter quam feudum amittere debeat: neque filius neque ejus descendentes ad id feudum revocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos pertineat.

II. F. 31. Vasalli feudum delinquentis, licet ad agnatos quandoque pertineat, filius tamen ad id nullatenus adspirabit, nisi id iterum a domino licite acquirat sibi gratiam faciente. Verbi gratia — — —.

Was aber die Fälle betrifft, die man unter der Bezeichnung der Quasi-Felonie zusammenfaßt, so muß hier aus demselben Grunde für die Descendenz dieselbe Wirkung eintreten. Dennoch meint Eichhorn ***), obgleich er die Theorie von der Universalsuccession der Descendenten als die richtige anerkennt und vertheidigt, daß in diesen Fällen das Lehen, welches der Vasall durch sein Verbrechen einbüßt, sofort auf die vorhandenen Descendenten übergehen müsse. Wäre dieses der Fall, so läge darin ein Widerspruch mit dem Be-

*) II. F. 24. §. 11. H. Pistor quaest. jur. I qu. 35. G. L. Boehmer de natura exspectat. et invest. event. cap. V. §. 153 sq.

**) Vgl. II. F 24. §. 11. pr. II F. 40. §. 3.

***) Eichhorn's Einl. §. 242 über die Wirkungen der Quasi-Felonie.

Digitized by Google

griff der Universalsuccession der Descendenten, zufolge welcher sie kein selbstständiges, sondern nur ein vom Vater abgeleitetes Recht auf das Lehen haben, folglich es nicht erben können, wenn er es nicht mehr hat. Solcher Widerspruch ist aber auch, wenn man die Stellen näher in Betracht zieht, worauf man sich für diese Behauptung bezogen hat, in der That keineswegs vorhanden. In II. F. 31 pr. ist ausdrücklich gesagt*), daß der Sohn auf das Lehen keinen Rechtsanspruch habe, welches der Vater verbrochen hat, sondern daß ihm nur der Weg offen stehe, die Gnade des Lehensherrn zu suchen: während es dagegen den Agnaten unter solchen Umständen allerdings zufalle. Die Hauptstelle ist aber:

II. F. 37. Si quis interfecerit fratrem domini sui, non ideo beneficium amittit: sed si fratrem suum interfecerit ad hoc, ut totam hereditatem habeat, vel aliam feloniam commiserit: verbi gratia hominem tradendo, ut in curia amplius stare non possit: privabitur beneficio: quia tamen erga dominum non fuerit facta, ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, si paternum fuerit———.

Hier wird also dahin entschieden: es solle in solchem Falle, den wir in der Doctrin als eine Quasi-Felonie bezeichnen, das Lehen ad agnatum proximiorem fallen (an den nächsten Stammesvetter). Darunter ist sowohl nach dem regelmäßigen, von uns bereits oben dargelegten Sprachgebrauche**) der libri feudorum, wonach agnatus einen Collateralen im Gegensatze des Descendenten bezeichnet, nicht an den Sohn, sondern an den Seitenverwandten zu denken, als insonderheit auch in Gemäßheit des Zusatzes***) „si paternum fuerit", wodurch das alte Lehen, das von einem gemeinschaftlichen Stammvater herrührende, angegeben ist. Mit Rücksicht hierauf macht denn auch II. F. 24. §. 11 gar keine Schwierigkeit, wo es heißt:

Denique saepe quaesitum est, vasallo propter justam culpam a feudo cadente, utrum ad dominum, an ad successorem vasalli beneficium pertineat. Sed haec distinctio tam ratione quam moribus comprobata est, ut si quidem vasallus ita in dominum pec-

---

*) Die Stelle ist von uns oben bereits mitgetheilt worden.

**) Bei anderer Gelegenheit macht Eichhorn selber darauf aufmerksam, vgl. Einl. §. 228. Anmerk. S. 599.

***) Eichhorn hat bei Mittheilung dieser Stelle, wenigstens in einer eben vor mir liegenden Ausgabe, diesen Zusatz weggelassen.



Digitized by Google

caverit, ut feudum amittere debeat: non ad proximos, sed ad dominum beneficium revertatur: ut hanc saltem habeat suae injuriae ultionem. Si vero non in dominum sed alias graviter deliquerit, vel grave quid commiserit, sicut ille qui fratrem suum interfecit: vel aliud grave crimen (quod parricidii appellatione continetur) commiserit, feudum amittit: et non ad dominum sed ad proximos pertinet, si tamen beneficium fuerit paternum.

Hiermit ist über beide Fälle entschieden, die Felonie und die sogenannte Quasifelonie. Im Fall der wahren Felonie fällt das Lehen nicht gleich ad proximos, d. h. die Agnaten, die Vettern; sondern ad dominum, den Lehensherrn, damit dieser, gegen den der Treubruch begangen worden, darin wegen der ihm widerfahrenen Kränkung einigen Ersatz habe. Es tritt also eine temporäre Consolidation ein *), indem das Lehen dem Herrn verbleibt, bis der Vasall, der den Treubruch beging, und dessen Descendenz ausgestorben, worauf es an die Agnaten zurückfällt. Hingegen in dem anderen Falle, dem der sog. Quasifelonie, soll es nicht ad dominum fallen, der gar nicht durch directen Treubruch verletzt worden ist, sondern sofort ad proximos, d. h. an die Agnaten, Vettern. Daß proximi in der zweiten Hälfte dieses Ausspruches dieselben sind und seyn müssen, wie in der ersten, möchte doch nur durch willkürliche Deutung und Voraussetzungen zu bestreiten seyn. Es sind mithin, wie so oft in den libris feudorum, darunter die Collateralen, die Stammesvettern zu verstehen, nicht aber die Descendenten, Leibeserben, Kinder und Kindeskinder. Auch hier nöthigt wieder der Zusatz: „si tamen beneficium fuerit paternum“ zu dieser Erklärung, da derselbe auf den Sohn bezogen eigentlich ohne Sinn seyn würde, während dagegen die Beziehung desselben auf den nächsten Agnaten und auf das Lehen des gemeinsamen Stammvaters hinweist **).

Nachdem wir in dem Vorstehenden unsern Haupttext in II. F. 45

---

*) Am Schlusse von II. F. 37 ist in dieser Beziehung gesagt: Cum autem ad dominum respicit felonia, feudum tunc domino aperitur.

**) Wenn Eichhorn's Einl. §. 242 Nota f am Ende auch das schwäb. Lehenr. Art. 61. § 8—10 als hierher gehörend anführt, so ist dagegen zu erinnern, daß selbiges von eigentlicher Felonie handelt, selbst bei dieser aber nach deutschem Lehenrechte der Sohn das Lehen nicht einbüßte.

Digitized by Google

aus der Natur der longobardischen Lehensfolge als einer Universalsuccession zu erklären und zu erläutern uns bestrebt haben, fügen wir hier zum Schlusse noch ein paar Bemerkungen über die Anwendung desselben hinzu. Sie sind durch einen vorliegenden wichtigen Rechtsfall, bei dem es sich um die Anwendbarkeit und practische Bedeutung dieser lehenrechtlichen Bestimmung handelt, veranlaßt und hervorgerufen worden.

Zuvörderst ist darauf aufmerksam zu machen, daß nach der von uns adoptirten Auffassung und Auslegung der Bestimmung in II. F. 45 in Betreff des Sohnes diese gar nichts Sonderbares und Singuläres enthält. Sie beruht lediglich darauf, daß der Sohn als Erbe ein Universalsuccessor ist, also ein Erbe in dem gewöhnlichen, jetzt in Deutschland gemeinrechtlichen Sinne. Es liegt daher, wenn sie in Anwendung treten soll, darin keinesweges die Geltendmachung einer Abnormität und Anomalie, sondern vielmehr die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, der als solcher hinsichtlich der Beerbung und ihrer rechtlichen Bestimmung überhaupt schon längst unter uns die entschiedenste Gültigkeit erlangt hat. Jene Norm tritt daher, mit den Grundprinzipien des heutigen Erbrechts in Deutschland völlig harmonirend, in Anwendung als gemeines Recht, natürlich unter der Voraussetzung, daß nicht das besondre Landeslehenrecht eine entgegenstehende Satzung sanctionirt hat. Man kann folglich, wenn jene Regel angewendet werden soll, nicht den Beweis ihrer speciellen Reception als einer lombardischen Singularität fordern. Es ist die Norm, mit der wir es zu thun haben, weder ein willkürliches Ausnahmegesetz, wie Einige behauptet, noch eine Pönalsanction, wie Andere gewollt haben *), sondern in Bezug auf die Erbenqualität der Descendenten eine einfache Folgerung aus der Rechtsidee, daß die Beerbung eine strenge, absolute Vertretung und wahre Universalsuccession enthält. Diese Rechtsidee ist auch bei uns, jedoch unter der Maaßgabe und dem Gebrauche, der in neuen Zeiten von dem erbschaftlichen Inventar gemacht wird, im Allgemeinen zur Herrschaft gelangt, indem durch innere Nothwendigkeit und veränderte Gestaltung des Vermögens- und Erbrechtes überhaupt das römische Prinzip hier in der Hauptsache die alten germanischen Grundsätze besiegt hat. Von der Nothwendigkeit einer restrictiven Auslegung,

---

*) Vgl. v. Kamptz a. a. O. Posse a. a. O.



Digitized by Google

wie bei einer singulären Vorschrift, die nicht in einer allgemeinen ratio juris wurzelt, kann mithin richtiger Theorie nach die Rede hier nicht seyn †).

Unser Text ist, nach dem Vorstehenden, in Bezug auf den Sohn als Leibeslehenserben wie eine consequente Folgerung aus dem römischen Prinzip von dem strengen Repräsentativcharakter des Erben überhaupt anzusehen. So aufgefaßt, ergiebt sich aber nun weiter, nach Anleitung des römischen Rechts, für die Anwendung desselben folgende Consequenz.

Unser Gesetz schreibt wörtlich vor, daß der Sohn des verstorbenen Vasallen entweder beides, Allod und Lehen, annehmen oder beides ausschlagen soll: aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Also eine Erklärung des Sohnes, welche beides trennt, welche das Eine annimmt und das Andre ausschlägt, ist gesetzwidrig. Hat er sich etwa dahin erklärt, daß er das hinterlassene Lehengut des Vaters annehmen wolle, sonst aber die väterliche Erbschaft ausschlage, so ist diese Erklärung dem Gesetze nach unstatthaft, also wirkungslos, unverbindlich. Die Absicht, daß er nicht Erbe werden will, ist klar; seine Behandlung nach den Regeln über die pro herede gestio dadurch ausgeschlossen. Es würde in solchem Falle abseiten der Gläubiger, wie der Betheiligten überhaupt, dem Rechte nach auf eine bestimmte, dem Gesetze gemäße Erklärung zu bestehen seyn; denn will er überhaupt nicht Erbe seyn, so muß er auch das Lehengut aufgeben. Hingegen ein Recht, den Sohn, der sich ausdrücklich dahin erklärt hat, daß er des Vaters Erbe nicht seyn will, dennoch als Erben zu behandeln und zu belangen, läßt sich nicht vertheidigen. Denn jene Erklärung des Sohnes, welche das Lehen und die Allodialerbschaft trennt, was dem Gesetze nach unzulässig ist, haben wir nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen, welche das römische Recht *) über die unter ungesetzlichen Bedingungen und Beschränkungen erfolgte Antretung oder Ausschlagung von Erbschaften enthält. Diese gehen aber in der Hauptsache dahin, daß eine solche Erbschaftsantretung, die dem Gesetze nicht entspricht,

*) l. 1. l. 2. l. 51. §. 2. l. 75. D. de adq. vel omitt. heréd. l. 77. D. de R. J.

†) S. die Anm. der Herausgeber am Schlusse dieses Bandes.

Digitized by Google

vielmehr mangelhaft und ungültg ist, nicht als bindend, sondern als null und nichtig betrachtet werden soll.

Uebrigens versteht es sich für die Anwendung unseres Textes von selbst, daß die Hauptvorschrift desselben sich allein auf den Fall beziehen kann, wo das Lehen dem Sohne nur als Lehenserben zufällt, nicht aber auch auf den Fall, wo er sonst aus irgend einem singulären Titel, sey dieser speciell lehenrechtlich oder nicht, ein eigenes und besondres Recht auf das Lehen hat. Auch ist dieses von mehreren der in dem Obigen citirten Schriftsteller bereits näher auseinandergesetzt.

---

Digitized by Google

# X.

# Die Viehverstellung.

Von

Dr. Huck,

Oberjustiz-Assessor bei dem kön. Gerichtshof zu Tübingen.

Das Institut der Viehverstellung hat in unserer deutschen Literatur keine vollständige, alle Formen und Arten desselben umfassende Bearbeitung gefunden. Wenn es freilich wahr wäre, was B. W. Pfeiffer[1]) sagt, daß die mehreren Gattungen dieses Vertrags in Deutschland fast ganz unbekannt und so verschieden seyen, daß sich über das Ganze nichts Bestimmtes sagen lasse, so wäre es nicht blos erklärlich, warum man dem Institut bisher keine Aufmerksamkeit geschenkt hat, sondern es wäre auch jetzt noch sehr überflüssig, sich der Mühe der Bearbeitung zu unterziehen. Allein schon die erste Behauptung, daß die mehreren Gattungen dieses Vertrags in Deutschland fast ganz unbekannt seyen, ist nicht richtig, wie sich aus der Benutzung mehrfacher, rein deutscher Quellen bei Bearbeitung dieser Abhandlung ergibt, und nur so viel ist daran wahr, daß die Landesordnungen aus rechtspolizeilicher Fürsorge durch mancherlei Einschränkungen und Verbote der Ausbreitung des Instituts hemmend in den Weg traten, weil es allerdings von Juden und Christen häufig zu Bedrückung und Hintergehung armer Landleute benutzt worden ist.

Die zweite Behauptung, daß sich über das Ganze nichts Bestimmtes sagen lasse, ist namentlich in der Auffassung unrichtig, wenn man sich darunter denkt, daß durch die Aufklärung einer dieser Vertragsformen die andere nichts gewinnen könne.

Gerade in dieser irrigen Vorstellung liegt auch der Grund, warum das allgemein praktische Institut des Eisernviehvertrags in der deutschen Literatur keine, auch nur einigermaaßen genügende

---

1) Napoleons Gesetzbuch. Göttingen 1810. Bd. II. S. 400. 401.

Digitized by Google

Aufklärung erhalten konnte. Ich meines Theils muß wenigstens gestehen, daß ich bei der Durchlesung aller Abhandlungen über diesen Gegenstand in unseren Monographieen und Lehr- und Handbüchern nie eine andere Ueberzeugung davon getragen habe, als die, daß man mit dieser Lehre nicht im Klaren sey [2]).

Der Eisernviehvertrag und der sogenannte contractus socidae sind Arten der Viehverstellung, und nur aus einem Ueberblick über das ganze Institut und aus dessen leitenden Grundsätzen, so wie aus der Vergleichung und Gegenüberstellung der verschiedenen Arten können die richtigen Grundsätze für diese Verträge abgeleitet werden.

Seiner Rechtsquelle nach gehört das Institut zu den gemischten. Das deutsche Recht ist jedoch insofern vorherrschend, als es die Quelle für die verschiedenartigsten Formen und Arten seiner Ausbildung darbietet. Die leitenden Grundsätze sind aber hauptsächlich aus den allgemeinen Grundsätzen über Verträge überhaupt, und aus den Bestimmungen über einige besondere Verträge, die theils dem römischen und theils dem deutschen Rechte angehören, abzuleiten.

Zum Schluß dieser Einleitung halte ich es für angemessen zu bemerken, daß gegenwärtige Abhandlung schon im Jahr 1834 geschrieben, und jetzt nur einer kurzen Revision unterworfen worden ist.

## §. 1.

Unter der Viehverstellung werden alle Rechtsgeschäfte begriffen, vermittelst welcher Hausthiere, die Nutzen, Gebrauch oder beides abwerfen, einem Andern zur Einstellung, Wartung und Fütterung gegen irgend einen Vortheil auf längere Zeit übertragen werden [1]).

Im Allgemeinen läßt sich über die Viehverstellung so viel bemerken, daß sie immer auf einem ausdrücklichen oder stillschweigen-

2) Dasselbe Bekenntniß liegt auch in einer Abhandlung von J. Scholz dem Dritten, über die Rechte des Pächters an den geschätzten Inventarien des Landhaushaltes; auch Einiges über den Eisernviehcontract, in dieser Zeitschrift Bd. III. Heft 1. S. 149 — 159.

1) Noch allgemeiner faßt den Begriff der Code civil: Art. 1800. „Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles.“ Bad. Landr. eod. art.

Digitized by Google

den Vertrage beruht, und die Grundsätze von den Verträgen überhaupt unbedingt auf sie anwendbar sind. Durch das in den Begriff aufgenommene Merkmal: gegen irgend einen Vortheil sind aber schon einige Verträge über Vieh ausgeschlossen, welche nicht in die gegenwärtige Erörterung gezogen werden sollen, nämlich: wenn Hausthiere als precarium oder Commodat, mithin unentgeldlich, einem Andern überlassen sind. Nur die Geschäfte, wobei sich der Viehversteller irgend einen Vortheil an Geld oder Nutzungen ausbedingt, sind in Erwägung zu ziehen, weil darüber hauptsächlich eigenthümliche Schwierigkeiten entstehen können, und der obige Ausdruck immer auch nur von solchen gebraucht worden ist. Das Merkmal: auf längere Zeit mußte in den Begriff aufgenommen werden, um die Vermiethung von Pferden, Ochsen ꝛc. zum Reiten, Fahren, Pflügen, zu Reisen ꝛc. auszuschließen, welche überall keine Schwierigkeiten darbietet, und unter der Viehverstellung auch nie begriffen worden ist.

Nur eine Praktik der Juden, welche, wiewohl auf unentgeldliche Einstellung, Wartung und Fütterung, und nur auf kurze Zeit, gerichtet, unter der Viehverstellung aufgeführt zu werden verdient, von den Gesetzen aber nicht darunter erwähnt wird, soll hier gelegentlich kurz berührt werden. Die Juden wenden nämlich häufig, wenn sie Vieh in großer Anzahl eingekauft haben, wofür sie weder Stallung noch Futter besitzen, den Kunstgriff an, dasselbe bei den Verkäufern über die verabredete Zeit stehen zu lassen, oder es in der Nähe ihres Wohnsitzes bei den Bauern, insbesondere solchen, die ihnen irgend etwas schulden, auf kurze Zeit einzustellen. Wenn sie dafür nicht bei Zeiten Käufer bekommen, lassen sie es auch wieder über die verabredete Zeit stehen, stellen es dann wieder bei einem Anderen ein, und ernähren so auf fremde Kosten ihr Vieh so lange, bis sie es endlich mit Vortheil zu verkaufen Gelegenheit finden. Dieses Geschäft ist ein ausdrückliches oder stillschweigendes depositum, und es haben die Depositare zwar nichts für das Einstellen in Berechnung zu bringen, weil das depositum ein negotium gratuitum ist; wohl aber können sie wegen Wartung und Fütterung als nothwendiger Auslagen ꝛc. Ansprüche auf Vergütung erheben.

Die nächste Entscheidungsquelle für die Viehverstellungs-Verträge sind die näheren Verabredungen der Parthien. Daraus muß sich zunächst ergeben, welchen besonderen Vertrag

Digitized by Google

die Contrahenten bewußt oder unbewußt beabsichtigten, und wenn diese Hauptfrage im besonderen Falle einmal entschieden ist, dann lassen sich die Nebenberedungen als pacta adjecta leicht würdigen. Gerade die Frage über die richtige Subsumtion unter einen besonderen Vertrag, wovon doch die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Rechtsgrundsätze im Einzelnen abhängt, bietet aber bei der Mannigfaltigkeit der bei diesem Geschäft in der Regel vorkommenden besonderen Verabredungen die größten Schwierigkeiten dar, weshalb es die Hauptaufgabe dieser Abhandlung ist, die vorkommenden Formen desselben aus den bekannten historischen Monumenten darzulegen, und in ihre rechte Stellung zu bringen. Zwar braucht nach canonischem und deutschem Proceßrecht die Klage, welche Jemand anzustellen beabsichtigt, nicht mehr besonders benannt zu werden. Daraus folgt aber nicht, daß man sich in das vorliegende Rechtsverhältniß keine klare Einsicht zu verschaffen habe, da im entgegengesetzten Falle weder der Advocat ein richtiges Petitum zu stellen, noch auch der Richter ein gerechtes Urtheil zu fassen im Stande seyn wird. Zwar hat es auch seine Richtigkeit, daß manche Verträge mehrere Rechtsgrundsätze gemeinschaftlich haben, wie z. B. die Pflicht zur Prästation von dolus und culpa. So bald es aber in einem concreten Falle auf Punkte ankömmt, die über solche allgemeine Sätze hinausliegen, ist es absolut nothwendig, daß man sich vergegenwärtige, welcher besondere Vertrag vorliege, um nicht in die gröbsten Irrthümer und Ungereimtheiten zu verfallen.

## Geschichtliche Uebersicht.

### A. Die Viehverstellung bei den Römern.

§. 2.

Schon die Römer kannten einige Arten der Viehverstellung, welche bald allein vorkamen, bald aber auch nur bei Gelegenheit der Verpachtung oder einer sonstigen Ueberlassung von Landgütern, z. B. bei Constituirung einer dos.

So erwähnt

1) schon Celsus in seinen Digesten nach dem Zeugniß von Ulpian in L. 9. §. 5. D. locat. cond. (19. 2.) den Miethvertrag, kraft dessen ein Hirte fremdes Vieh zur Waide übernimmt:

„Si quis vitulos pascendos — conduxit.“

Digitized by Google

Derselbe Celsus muß in seinen Digesten das Institut der Viehverstellung ziemlich vollständig abgehandelt haben, weil er nach L. 52. §. 2. D. pro socio (17. 2) auch noch

2) eine andere Art derselben, vermöge welcher der Eine dem Anderen einen Viehbestand zur Waide unter der Bedingung überließ, daß die Nachzucht nach dem verabredeten Maaßstabe unter beide vertheilt werden sollte, als Beispiel anführt, indem er sagt:

„veluti, si pecus in commune *pascendam* — damus — in commune quaerendis fructibus."

3) Eine andere Art des Vertrags, wornach das zur Waide gestellte Vieh selbst verkauft, und der Erlös daraus verabredeter Maaßen vertheilt werden soll, erwähnt Paulus in L. 13. §. 1. D. de praescript. verb. (19. 5.), indem er sagt:

„Si pecus pascendum tibi dedero — ita ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur etc."

4) Mit einer vierten Art macht uns der Kaiser Antoninus bekannt, indem er einem gewissen Mucatraulius in L. 8. C. de pactis (2. 3.) rescribirte:

„Si pascenda pecora partiaria (id est, ut foetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Appollinarem suscepisse probabitur: fidem pacto praestare per judicem compelletur."

Endlich gedenkt noch

5) Ulpian eines Falles in L. 17. §. 3. D. de praescript. verb. (19. 5.), der nöthigen Falls auch der Viehverstellung beigezählt werden kann.

„Si cum unum bovem haberem, et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei, et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret."

## B. Nach den altgermanischen Quellen.

### §. 3.

In den altgermanischen Quellen kömmt das Geschäft sehr frühzeitig unter dem Namen *animalia sociata*, *dare in socium* vor, sey es nun, daß unsere Vorfahren dasselbe von den Römern kennen lernten (?), oder daß sie durch die geldarmen Zeiten, in welchen ja ohnehin alle Prästationen in Naturalleistungen bestanden, von selbst dar-

Digitized by Google

auf hingeführt wurden. So wird bereits in den Legibus Rotharis den unfreien Güteraufsehern gestattet, Vieh auf die Hälfte Nutzens zu verstellen oder einzustellen, indem es im Cap. 238 [1]) heißt:

„Servus massarius licentiam habeat de peculio suo, id est bovem, vaccam, caballum, similiter et de deminutis peculiis *in socio* (*socium*) *dare et in socio recipere.*“

Aber nicht blos Unfreie, sondern insbesondere auch Geistliche und Klöster, die sich mit der Hütung und Fütterung nicht selbst abgeben konnten oder wollten, pflegten Vieh unter verschiedenen Bedingungen zu verstellen. So erzählt der Abt Herrmann in seiner Chronik (Codex traditionum) vom St. Mauricius-Kloster in Niederaltheim, aus dem Jahre 1253, unter dem Titel de foetu pecorum Folgendes [2]):

„Anno domini millesimo CCLIII. habuimus XV. equas, quae dicuntur stutpherit. Ex his dedimus in curiam nostram in Usterling unam equam; item in Yserhoven unam; item in Puchhofen unam; item in Munichdorf unam; item in Tûndorf duas: Villico nostro in Dorf unam, et Friderico qui colit curiam domini Liebhardi alteram. Item in Oetling unam; in Tagbrethshausin unam; item in Mencing unam. Item in Curia nostra in Monasterio habemus IIII. equas. Item vendidimus duas. Item habemus in Curia sex equas juvenes.

*Poledri utriusque sexus si qui nati fuerint ex equabus quas dedimus ad curias nostras in tertio anno nobis reddentur.*

In Rucozing habemus XI. vaccas, quae dicuntur *Immerkve.* De qualibet illarum *dantur quinquaginta casei*, et caseus debet valere in festo Johannis Baptiste III. obolos, in festo sancti Martini duos denarios.

Ex his vaccis habet villicus noster unam; Ditmarus filius praepositi unam; Cyllingerinna unam; Heinricus unam; Hermannus unam; Heinricus Obleiaer unam; Eglolfus unam; Syboto I. item ad molendinam in Palcazing unam.

In Obernvverde habemus X. *Immerkve;* de qualibet illa-

1) Bei Georgisch Corpus jur. Germ. pag. 990.

2) *Monumenta boica.* Vol. XI. pag. 45 und 46.

Digitized by Google

rum datur ut supra. Ex his habet Livtvvicus villicus unam; item Livtvvicus senior unam; Walkvnus carnifex unam; Fridericus unam; Ernsto unam; Walchvnus dux unam; Vidua Ulrici villici unam; Tavtan unam; Walkvnus et Chunradus fratres unam. Piscatores unam."

Der Pabst Alexander IV. schenkte durch ein Breve vom Jahre 1256 dem Kloster Eusserthal (Uterina vallis) von dem verstellten Vieh den Zehnten, wobei er des Instituts in folgender Art gedenkt: „Saepe contingit, quod vos de vestris animalibus *societatem cum aliis contrahentes* ea ipsis *ad certam partem* custodienda traditis seu etiam nutrienda" [3]).

Im Jahre 1346 lösste ein Wachszinsiger seine jährliche Zinspflicht durch Stellung eines Immerrinds ab, wie sich aus folgender Urkunde ergibt [4]).

Num. L. Pro censu singulari Anno 1346:

„Ich Heinrich Lauchir vergich offenlich an disen brief, allen den die in sehen oder hören lesen, das ich fürbas, dieweil ich leb alle Jar geben soll ze rechtem Dienst ein Pfunt Wachs von dem Wismat, daz der Poll gehaizzen ist, meinem genädigen Herrn dem Abbt und dem Gotzhaus ze Scheyrn, wann ez sein rechtes Aygen ist. Doch mag ich für den genanten Zins und Dinest ein ymmer Rint stellen und antwurten in dez Gotshaus Amptman Gewalt, daz doch ze nemen und ze geben sei, und daz den vorgenanten Zins wol vergelten müg, und vertragen. Und wan das geschicht, so pin ich des vorgenanten Zins ledich dieweil ich leb, und nach meinen Tod, so ist das vorgenant Wismat und Rind ledich und los an alle Ansprach dem vorgenanten Gozhaus, als ander sein aigen Guet. Ze Urchund u. s. w. Daz ist geschehen, do man zalt von Christes Gepurt MCCCXLVI Jar an sand Agathe Tag u. s. w." [5]).

---

3) K. G. Anton, Geschichte der deutschen Landwirthschaft. Görliz 1799. Thl. 1. S. 80.

4) *Monumenta boica.* Vol. X. pag. 500.

5) Auffallend ist es, da das Institut in alten Urkunden aus Baiern so oft erwähnt wird, daß der *Codex Maximilianaeus Bavaricus civilis*

Digitized by Google

## C. Nach den neueren germanischen Quellen, insbesondere

### I. in der Schweiz.

§. 4.

So wie dieses Geschäft überhaupt für Berggegenden, wo Viehzucht und Waide in der Blüthe stehn, sehr geeignet ist, so kam es auch insbesondere in der Schweiz sehr häufig in den verschiedensten Formen vor, so daß G. J. Leu[1] acht Arten desselben aufzählen konnte, von denen er jedoch einige doppelt gerechnet hat. Er drückt sich folgender Maaßen darüber aus:

1) „Wann das Vieh gegen einem gewissen Versprechen eines Verwahrung anvertraut wird,
2) wann Vieh einem anderen zu weyden und zu unterhalten mit dem beding übergeben ist, daß selbiges nach gewissen Jahren verkauft und das erlösende unter beide Theile getheilt werden solle; oder wann
3) Kühe oder Mutterpferd einem anderen überlassen werden, damit sie von desselben Wucher-Stieren und Hengsten besprungen werdind, oder wann
4) Vieh einem geschätzt und angeschlagen übergeben werden daß ihme aller Nutzen und Schaden danahen zuwachse, oder wann
5) ein Gemeinschaft deßwegen unter einanderen aufgerichtet wird,
6) oder wann einem anderen Vieh so übergeben wird, daß selbige dem Uebergeber niemahlen abgehen, und der Empfaher demselben alljährlich dafür gewisse Früchte darvon bezahlen solle, von welchen dermalen — die üblichste ist, da einer dem anderen Küh, Schaaf oder ander Vieh auch etwan zugleich einige zum Feldbau dienliche Instrument und Geschirr menstens in einem gewissen Preiß und Werth angeschlagen mit dem Feldgut oder sonsten zu nutzen und zu gebrauchen überläßt, daß dieser ihme einen leidenlichen Zinß darvon oder einen gewissen Antheil der Früchten oder Zucht

desselben mit keiner Sylbe gedenkt. Auch im österreichischen Gesetzbuch ist es ganz mit Stillschweigen übergangen, so wie auch im Preußischen Landrecht.

1) Eidgenössisches Stadt- und Landrecht. Zürch 1727 — 46. Thl. 3. S. 664 — 67.

Digitized by Google

darfür bezahle, auch die Gefahr derenselben halben also auf sich nehme, daß er anstatt der etwann abgehenden andere anschaffe, oder nach Beendigung solchen Contracts eben so viel wieder zurückstelle, oder die abgehende ersetze, danahen auch solches Vieh eisernes oder Stammvieh genennet wird — —. Belangend den dießfälligen Zinß so machend einige ein Unterschied zwischend dem großen Vieh, welches in einem Jahr nicht zu der Größe dessen von welchem es entspringt anwachset, als Pferd, Küh rc. und zwischend dem kleinen Vieh, welches also inner Jahrsfrist anwachsen mag, als die Schaaf, Geißen rc. und stellen hierüber — die Ordnung vor, daß das große Vieh der, welcher selbiges übernihmet 5 Jahr behalten und alles immittelst erzeugte Vieh gemein seyn soll, wann der, so das Vieh empfangen dem anderen den dritten Theil darvon gegeben, oder daß sonst der, welcher das Viehe also übergeben vor der Vertheilung ein Stück zum Voraus wegnehmen möge: das kleinere Vieh aber der, welcher es übernihmet, drei Jahr behalten und jährlich für ein jede Geiß zwölf, für ander dergleichen Vieh aber sechs gute Käse bezahlen und zuletzst ein gleiche Vertheilung vorgenohmen werden solle, wie bei dem großen.

7) Es ist auch noch ein andere Art dieses Contracts in Übung, da einer sein Vieh einem anderen auf eine gewisse Zeit gegen einer gewissen Anzahl von der darvon beziehenden Zucht und Früchten zu weyden und zu unterhalten gibt, welches aber einige, wann die dießfällige Früchte und Kösten beydseitig vertheilet werden, eher für ein Gesellschaft ansehen, andere aber

8) wann einer dem anderen sein Vieh also übergibt, damit er ihme jährlich darfür ein gewisse Anzahl Käß, Butter, Wollen rc. gebe und die Gefahr über sich nehme; für ein Gattung der Vermiethung und Bestandes halten."

Die Hauptarten sind demnach das sogenannte Stammvieh, d. h. das eiserne Vieh und das Halbvieh, welches letztere die Zürcher Stadtgerichts-Satzungen P. 2. Art. 5. so definiren, daß

Digitized by Google

„einer dem anderen ein oder mehr Stück Vieh zu halben stellen könne“ [2]).

Eine besondere Erwähnung verdient noch die von Leu nicht speciell aufgeführte sogenannte *Alpage des vaches*, welche darin besteht, daß Alpenhirten Melkvieh, insbesondere Kühe zur Waidung auf den Alpen über den Sommer übernehmen, sich die Milch während dieser Zeit und das geworfene Kalb ausbedingen, und dafür einen Geldzins bezahlen [3]).

## II. In Deutschland.

### §. 5.

In den deutschen Statuten wird die Viehverstellung in folgenden Gestalten erwähnt:

1) Wenn Einer einem Anderen einen Bestand von Zug- oder Melkvieh zum Gebrauch und zur Benutzung, dagegen aber auch zur Einstellung, Wartung und Fütterung gegen einen Pachtzins in Geld (Rindermiethe, Kühzins, Milchzins) überläßt, oder sich

2) beim Melkvieh, statt Geldes, das jährliche (vierwöchige) Milchkalb ausbedingt, oder sich

3) neben dem Milchzins auch noch das Kalb aushält, oder sich

4) mit der Hälfte des Kalbes begnügt, und die andere Hälfte desselben dem Einsteller überläßt, sich aber dafür einen Zins in Geld oder Milch bezahlen läßt.

Dabei, so wie bei einigen der folgenden Arten, war es gar nicht ungewöhnlich, daß der Versteller nicht einmal von seinem eigenen Vieh einstellte, sondern

a) dem geldbedrängten Einsteller sein Vieh abkaufte, und nun unter den gedachten Bedingungen stehen ließ, oder daß er ihm

b) nur ein Darlehn auf ein Stück Vieh gegen die gedachten Vortheile vorschoß, oder daß sogar

---

2) Bei Leu a. a. O. Thl. 2. S. 739.

3) J. F. Malblanc: de locatione conductione pecoris. (Tubingae 1818) §. 5. not. a., wo die Definition des *Concept. Cod. Waldens.* Art. 1356 abgedruckt ist. „Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont remises pour les nourir et en tirer les fruits, le bailleur en conserve la propriété le preneur profite seul du lait et des veaux qui naissent pendant la durée du bail.“

Digitized by Google

c) wenn der Einsteller kein geeignetes Stück Vieh besaß, ein solches fingirt, und demselben eine stählerne oder gemalte Kuh in den Stall gestellt, oder ein Plock hinein geschlagen wurde, um dafür den gedachten Zins an Geld, an Naturalien oder an beidem zu erheben. So heißt es in der württembergischen Landesordnung [1]):

„Item, einem, so ein Kühlin oder Zugstier hat, ihme darauf drey oder vier Guldin leyhet, oder vmb ein sollich ring Gelt abkauffet, so doch das wol halbtheils mehr wehrt ist, vnd darnach solchem Armen, das Kühlin oder Stier, vmb ein vngewohnlichen Kühzins oder Rindermüth leyhen oder stellen, oder einem ein gemalte oder stähelin Kuh (wie man die nennet) oder ein Stotzen in Stall, an statt einer Kuh schlagen, für drey oder vier Guldin, vnd Jahrs darauß ein Kühzins zugeben, das auch etwann für ein Kühzins järlich ein Kalb zugeben ꝛc."

General-Rescript vom 22. Febr. 1620 [2]):

„Da Wir dann auf eingeholte nothwendige Erkundigung, fürnämlich zween weg zu contrahiren, darauff sich solche Händler legen thun, befunden: Indem sie namblichen, (für eins) Vnsern Vnderthonen eintweder das Vihe vmb das Kalb pflegen einzustellen; oder aber (fürs ander) das Gelt, an statt deß Vichs auff ihre (der Entlehner) aigne Küh, vmb den Jährlichen Kalbzinß herzuleyhen."

Die badischen Gesetze sind noch vollständiger, indem sie nicht blos die in den württembergischen Statuten gedachten Arten fast mit denselben Worten aufführen, sondern auch die noch weiteren, oben aufgeführten hinzufügen. So sagt das badische Edikt vom 23. Jänner 1747 [3]):

„Achtens wann Einer dem Andern, der etwan eine Kuhe oder Zugstier besitzt, drei oder vier Gulden darauf leihet, oder

1) Vom Jahre 1567 und 1621. Tit. 56. §. 8. (Reyscher's württ. Gesetzsammlung Bd. XII. S. 799.)

2) Reyscher's Gesetzsammlung Bd. V. S. 366.

3) Bei C. F. Gerstlacher, Sammlung der Baden-Durlachischen Anstalten und Verordnungen (Frankfurt und Leipzig 1774) Bd. III. S. 278. 279.

Digitized by Google

solches Stück Vieh nur um halb Geld abkauft, und dasselbige hernach einem armen Mann dergestalten leihet oder einstellet, daß er jährlich etliche Gulden Zins oder ein Kalb davon gebe."

Das Edikt vom 29. Okt. 1725 [4]) gedenkt verbietend des Vertrags, wenn

„der Versteller — nebst dem Milchzins, auch das Kalb nehmen"

will, und das badische Landrecht v. 1809 sagt im Art. 1831:

„Wer Melkvieh einem Anderen gibt, um es einzustellen und zu füttern, der behält Gefahr und Eigenthum, und die geworfenen Jungen sind der einzige Ertrag, den er inzwischen davon hat;"

und fügt im Art. 1831 b noch hinzu:

„Es kann bedungen werden, daß die Jungen theilbar werden, und dagegen ein Milchzins in Milch oder Geld gegeben werde, der jedoch den Gewinn des Einstellers aus den Jungen nicht übersteigen darf."

Eben so häufig als die obigen kömmt

5) unter der Benennung: Theilvieh, Halbvieh, Vieh auf halben Gewinn (das Vieh zum halben setzen) der Vertrag vor, wodurch Muttervieh zur Einstellung Wartung und Fütterung gegen die Hälfte des Nutzens, insbesondere der Nachzucht eingestellt wird, und zwar wieder in doppelter Weise, entweder

a) so daß der Versteller das von ihm eingestellte Vieh ganz in seinem Eigenthum behält und der Einsteller daran keinen Theil bekömmt, oder

b) in der Art, daß dem Einsteller auch daran ein aliquoter Antheil eingeräumt wird.

Das württembergische General-Rescript vom 22. Febr. 1620 [5]) drückt sich darüber so aus:

„Als auch etwa solche Conträct fürgegangen, da Unsern Underthonen das Vihe dergestalt verlihen, daß sie solche in ihrem Futter und Kosten erhalten sollen, biß selbige selb dritt

---

4) Bei Gerstlacher a. a. O. S. 236. 237.

5) Reyscher's württ. Gesetzsammlung Bd. V. S. 367.



Digitized by Google

stehen, alßdann die Kuh gleichwol dem Verleyher verbleiben, die zwey Kälber aber vnder beeden Contrahenten getheilt ꝛc."

Eben so sollen nach dem badischen Edikt vom 29. Oktober 1725 [6])

„alle Theilbestände, bis das verstellte Stuck selb dritt stehet, gültig seyn,"

und nach dem Edikt vom 23. Jänner 1747 [7])

„der Versteller seine Kuh (wenn er sie eigenthümlich behalten) wann sie zum dritten gestanden, wiederum zurücknehmen, die beiden Kälber aber getheilt werden,"

so wie auch nach fuldischem Recht [8])

„Verlehnungen des Viehes auf etlich jährigen Nutzen (worunter einer der Fälle unter Nro. 1—4 verstanden wird), oder auf halben Gewinn zu bewirken"

gestattet wird. Endlich definirt das badische Landrecht im Art. 1804 diese Art der Viehverstellung als den Vertrag:

„wodurch eine Heerde Vieh einzustellen zu ernähren und zu pflegen unter der Bedingung übergeben wird, daß der Einsteller die Hälfte des Zuwachses an jungem Vieh für sich haben, zugleich aber auch den Verlust zur Hälfte tragen soll."

Daran reiht sich unmittelbar

6) der Vertrag an, kraft dessen von beiden Contrahenten Vieh auf halben Gewinn oder Verlust (das Vieh um die Hälfte zusammensetzen) zusammengestellt, oder von dem Einen dem Anderen zur Hälfte abgekauft wird, um es auf halben Gewinn einzustellen respective stehen zu lassen. Dieses Geschäftes gedenkt die mecklenburgische Landesordnung [9]):

„Alldieweil auch etliche — Leute — das Vieh um die Helffte zusammen zu setzen pflegen,"

---

6) Bei Gerstlacher, Sammlung der Badischen Verordnungen Thl. 3. S. 236. 237.

7) Gerstlacher, Sammlung a. a. O. S. 280.

8) E. Thomas, System aller Fuldischen Privatrechte (Fulda 1788) Bd. I. §. 255.

9) Bei G. Chr. Leiser, jus georgicum (Lipsiae 1741) pag. 315.

Digitized by Google

und das badische Recht in dem Edikt vom 29. Okt. 1725 [10]),

„wann aber für eine solchergestalt verstellte Kuh, von dem Beständer dem Versteller die Helfte bezahlt worden,"

und im Edikt vom 23. Jänner 1747 [11]), wo bestimmt ist,

„daß wenn das verstellende Stück Vieh dem Verlehner gehöret — die Helfte des Werths dem Versteller von dem Beständer bezahlt, mithin dadurch solches Stückvieh halbtheilig gemacht werden"

könne. Den vollständigsten Begriff davon gibt wieder das badische Landrecht im Art. 1818 mit Folgendem:

„die halbtheilige Viehverstellung ist eine Gesellschaft, worinn jeder Theil die Hälfte des bei dem Einen von ihnen einzustellenden Viehes anschafft, das nachmals für Gewinn und Verlust gemeinschaftlich bleibt,"

und im Art. 1831 c, wo es hinzufügt:

„der Vertrag kann auch so geschlossen werden, daß der Einsteller die Hälfte des Werths des einstellenden Viehes zahle."

Endlich kömmt

7) bei der Verstellung von Zugvieh die Verabredung vor, daß statt des Miethzinses in Geld die Lieferung einer Summe Frucht oder

8) die Bebauung einer Anzahl von Feldern des Verstellers ausbedungen wird, wie solche das würtembergische General-Rescript vom 14. März 1642 [12]) erwähnt:

„waferrn Zugvieh gegen liferung einer gewissen summa Frucht verstellt oder außgelihen würdt rc." — — „auff den fall Zugvieh auch dergestallt verstellt oder verlihen würdt, darfür von aignen oder frembden Gütern eine gewise anzahl Veldts oder Morgen zuerbawen u. s. w."

### III. In Frankreich.

#### §. 6.

Am vollständigsten und ausführlichsten über unseren Gegenstand ist das französische Recht und darunter insbesondere die Coutumes,

10) Gerstlacher, Sammlung der Badischen Verordnungen S. 237.

11) Gerstlacher a. a. O. S. 280.

12) Reyscher, Samml. der Würt. Ges. Bd. V. S. 419.



Digitized by Google

aus denen auch der Code civil seine Bestimmungen darüber genommen hat. Der alte Chassenaeus [1]) unterscheidet 7 Arten der Viehverstellung, welche nach seinen eigenen Worten in folgenden verschiedenen Verträgen bestehen:

1) „Primo contrahitur negotiatio in animalibus, quando dominium animalium nullo modo transfertur, et sic animalia non communicantur, sed sola custodia aliquo dato vel recepto.

2) Secundo contrahitur negotiatio in animalibus, quando animalia traduntur ut dominium totum in recipientem transferatur, et ad meliorandum dantur.

3) Tertio quando equa, vel asina alteri datur ut cooperiatur ab equo, et non aliter ad meliorandum.

4) Quarto casu contrahitur negotiatio, quando animalia aestimata traduntur, ut commodum et incommodum sit recipientium.

5) Quinto casu, quando non apparet quomodo animalia rustico concessa sunt in ratione societatis, vel soccidae, vel alterius contractus.

6) Sextus casus (in quo pendent leges et prophetae) est, quando expresse facimus contractum societatis, quam soccidam appellamus, et hoc est quando expresse animalia traduntur, gratia societatis contrahendae de illis.

7) Alium et septimum casum addo, in quo multi errant, et qui versatur in hac patria, qui multos ducit ad inferos, qui est talis, videlicet quando quis dat bovem rustico, et semper remanente capitali salvo, inde quod nunquam moritur, hinc dicitur, Boves deserti, Les boefs deserts, tenetur rusticus singulo anno dare certum quod domino bovis, puta duas mensuras frumenti, vel plus vel minus."

Nach den neueren Gewohnheiten [2]) unterschied die französische

1) In seinen Consuetudines Ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae. (Coloniae Alobrogum 1616) Rubrica IV. §. 23. nro. 56—69.

2) Enthalten in: Le grand coustumier géneral, contenant toutes les coutumes generalles et particulieres du royaume de France et des Gaulles; mesmement toutes celles qui ont été redigées par les trois Etats, et homologuées, corrigées et annotées de plusieurs decisions et arrèts, diligemment et fidellement par Messire *Charles du Molin*. Paris 1567. 2 Tom. fol. Insbesondere ist die Viehverstellung re-

Digitized by Google

Doctrin [3]) nur drei Arten der Viehverstellung (bail à cheptel [4]), welche der Code civil nicht blos aufgenommen, sondern denen er auch noch eine vierte Art hinzugefügt hat [5]).

Dahin gehören

A) die **einfache Viehverstellung** (cheptel simple), welche darin besteht, daß Jemand einem Anderen einen Viehbestand unter der Bedingung überläßt, daß er dasselbe einstelle, füttere und warte, und dafür Milch, Dünger und Arbeit allein, von den übrigen Nutzungen aber, als: dem erhöhten Werth des eingestellten Viehes, der Nachzucht und der Wolle die Hälfte erhalte, dafür aber auch die Hälfte der Gefahr trage [6]). Die fast stehend gewordene Definition der französischen Juristen lautete: Locatio pecorum salva sorte et media lucri parte [7]).

Der *Code civil* Art. 1804 hat sich weniger kurz gefaßt, indem er erklärt:

---

gulirt durch die *Coutumes de Berry*, chap. 17. Du chastel de bêtes (du Molin. Tom. 2. fol. 216. 217.), woraus der Code civil großen Theils genommen ist; durch die *Coutumes de Bourbonnois*, chap. 32. Prinses des bestes (du Molin. Tom. 2. fol. 258. 259); durch die *Coutumes de Nivernois*, chap. 15. De prinses de bestes (du Molin. Tom. 1. fol. 434. 435). Sonst wird sie noch erwähnt in den Coutumes d'Orleans, Bretagne, Lorraine, Auvergne, Sols und Beaujolois.

3) Vergl. darüber Pothier, traité des cheptels (nouvelle edition. Paris 1806), welcher seine Abhandlung so anfängt: „La Thaumassière, en sa préface sur le titre des cheptels de la Coutume de Berry, distinque trois espèces de contracts de cheptel."

4) Daß der Ausdruck: *cheptel* von capitale, captale herkomme, und sonach einen Grundstock von Vieh bezeichne, wie Malblanc, de locat. conduct. pec. §. 7. ohne Auctorität vermuthungsweise ausspricht, ist gar keinem Zweifel unterworfen, da *Chassenaeus* Consuetud. Burgund. pag. 904. das Geschäft durch *„capitale"* lateinisch bezeichnet, und die altfranzösische Redaktion *chaptel* oder *chastel* lautet (vgl. die Note 2).

5) *Code civil* Art. 1801.: Il y a plusieurs sortes de cheptels: le cheptel simple ou ordinaire, le cheptel à moitié, le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire. Il y a encore une quatrieme espèce de contrat improprement appelée cheptel.

6) Pothier, des cheptels nr. 1.

7) Vgl. darüber: Code civil des Français, avec les sources où toutes

Digitized by Google

„Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera aussi la moitié de la perte."

B) Die Viehverstellung zur Hälfte (cheptel à moitié). Sie fällt mit der ersten Art ganz zusammen, mit Ausnahme des Umstandes, daß das Stellvieh von beiden Contrahenten zusammengebracht wird, und daher auch, mit Ausnahme der unter A. bezeichneten Separatvortheile des Einstellers Alles halbtheilig wird [8].

Der *Code civil* definirt sie im Art. 1818 folgender Maaßen:

„Le cheptel à moitié est une société dans laquelle chacun des contractans fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit et pour la perte."

C) Der Eisernviehcontract (cheptel de fer). Diesen kennt das französische Recht in Verbindung mit der Verpachtung eines Landguts, und er besteht darin, daß der Verpachter des Guts das dazu gehörige Vieh mit dem Gut in der Art überläßt, daß der Pächter am Ende der Pachtzeit einen Viehbestand von gleichem Werthe, wie er ihn überkommen, zurücklasse [9].

„Ce cheptel (aussi appelé cheptel de fer), sagt der *Code civil* im Art. 1821, est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale ou prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus."

D) Die sogenannte uneigentliche Viehverstellung (bail improprement appelé cheptel), welche sich dadurch charakterisirt, daß der Eine dem Anderen Muttervieh (insbesondere Kühe) zur Stellung, Wartung und Fütterung überläßt, das Eigenthum davon behält, die Gefahr allein trägt, und sich nur die Kälber ausbedingt, allen übrigen Nutzen aber dem Einsteller überläßt [10].

Der *Code civil*, Section V. mit der Ueberschrift: du contrat improprement appelé cheptel, beschreibt sie im Art. 1831 so:

---

ses dispositions ont été puisées par Julien-Michel *Dufour*. Paris 1806. Tom. 3. pag. 246.

8) Pothier l. c. nr. 58.

9) Pothier l. c. nr. 65.

10) Pothier l. c. nr. 71.

Digitized by Google

„Lorsqu'une ou plusieur vaches sont données pour les loger et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété: il a seulement le profit des veaux qui en naissent."

## Praktische Ausführung.

### Erste Abtheilung.

### Die Viehverstellung als selbstständiges Geschäft.

#### A) Im Allgemeinen.

#### §. 7.

Betrachten wir bei der Viehverstellung zunächst das Objekt, so können dem Zwecke des Instituts gemäß alle Arten von Hausthieren, welche irgend einen Vortheil abwerfen, verstellt werden, wie denn auch in den obigen Quellen Pferde, Ochsen, Kühe, Esel, Ziegen, Schaafe und Schweine ausdrücklich genannt werden.

Eine Eintheilung dieser Thiere nach der Beschaffenheit des Vortheils, den sie in der Oekonomie gewähren, in nutz- und brauchbare, d. h. in solche, die bloßen Nutzen abwerfen, wie z. B. Schaafe, Ziegen und Schweine, und in solche, die bloßen Gebrauch gewähren, wie z. B. die Pferde, für welche Abtheilung die oben erwähnten Würtembergischen und Badischen Gesetze die Ausdrücke Zug- und Melkvieh gebrauchen, ist für die Rechtstheorie nicht ganz unerheblich, wobei dann diejenigen, welche beides abwerfen, wie Ochsen und Kühe zu der Art zu rechnen sind, wohin sich der größte Vortheil neigt.

Die Eintheilung in Groß- und Kleinvieh (animalia grossiora und minuta) ist von der größeren oder geringeren Schnelligkeit des Heranwachsens der Nachzucht hergenommen, indem man unter dem letzteren solches Vieh versteht, dessen Junge in einem Jahre so ziemlich zur vollen Größe heranwachsen, wie Schaafe und Ziegen, unter ersterem aber solches, das langsamer zu seiner Vollkommenheit gelangt, wie Pferde und Rindvieh [1]). Von dieser Eintheilung sind wichtige rechtliche Folgen abhängig gemacht [2]).

---

1) Vergl. §. 4. Ziffer 6. Leu, Eidgenöss. Stadt- und Landrechte. Thl. 3. S. 665. Chassenaeus, Consuetud. Burg. Rubr. 4. §. 23. nr. 62.

2) Vergl. unten §. 18.

Digitized by Google

Die Eintheilung in eisern Vieh (Stammvieh) und Halbvieh ist von der rechtlichen Beziehung hergenommen, wobei ich nur bemerke, daß der Ausdruck Stammvieh nie gleichbedeutend mit eisern Vieh gebraucht werden wird, wie dieß sonst gewöhnlich ist, sondern daß darunter immer das ursprünglich gestellte Vieh, im Gegensatz zur Nachzucht (croît) verstanden werden soll.

Das zu verstellende Vieh, mag es einer Art angehören, welcher es will, muß übrigens schon nach allgemeinen Grundsätzen die dem Zweck der Verstellung entsprechende Beschaffenheit haben, mithin zu dem beabsichtigten Gebrauch oder Benutzung tüchtig sein, wenn der Vertrag nicht wegen verborgener Mängel oder wegen Abgangs versprochener Eigenschaften soll angefochten werden können, in welcher Beziehung das badische Edikt vom 23. Jan. 1747 [3]) speziell vorschreibt, daß

1) „die zu verstellende Kuh oder Kalb zum Tragen tüchtig, und kein Ralle seyn solle, (und daß) sonsten der Beständer, wann er diese Untüchtigkeit erweisen kann, befugt sein solle, den Bestand wiederum aufzugeben,“ und daß

2) „das zu verstellende Stück Vieh wenigstens zwei Jahre alt sein solle.“

Die erste Bestimmung wiederholt modificirend das badische Landrecht Art. 1831 a, indem es sagt:

„das Vieh muß in diesem Fall tüchtig sein, trächtig zu werden und Milch zu geben, sonst hat der Einsteller anderes Vieh und Entschädigung zu fordern.“

Die Eigenschaft, trächtig zu werden, ist besonders dann erforderlich, wenn die Nachzucht halbtheilig gemacht wird, weil sonst dem Einsteller ein sehr bedeutender Vortheil ganz entgehen würde, während deren Abgang für den Fall, wenn sich der Versteller das jährliche Milchkalb ausbedungen hat, ihm selbst den größten Schaden bringen muß [4]). Doch kann der Einsteller eben so gut dadurch verkürzt werden, weil solches Vieh, das nicht trächtig wird, auch weniger Milch zu geben pflegt. Nach gemeinem Recht hat der Einsteller beim Abgang solcher Eigenschaften eine Klage auf das Interesse und unter

3) Gerstlacher a. a. O. S. 279.

4) Vergl. Gerstlacher Sammlung S. 279—281.

Digitized by Google

Umständen auch auf Aufhebung des Geschäfts [5]), eine Alternative, welche durch die obigen Gesetze wohl schwerlich hat aufgehoben werden sollen, obgleich die älteren nur von Aufhebung des Geschäfts, und die neueren blos von Entschädigung und dem Rechte reden, anderes Vieh zu verlangen. Uebrigens ist diese letztere Bestimmung an sich die natürlichste und dem vorliegenden Verhältnisse und dem gemeinen Recht am angemessensten.

Die Bestimmung, daß das einzustellende Vieh nicht zu jung sein soll, hat man aber unter allen Umständen festzuhalten, weil gerade dieß ein Punkt ist, welchen die Viehversteller zu wucherlichem Gewinne sehr zu benutzen wissen. Diejenigen, welche von der Viehverstellung eigentliche Profession machen, haben nämlich nach nichts eifriger zu trachten, als daß sie die ihnen als „Theilvieh" oder „Milchkalb" zugefallenen Stücke, wofür sie in der Regel keine Stallung und kein Futter haben, sogleich wieder verstellen, und so die auf ihren Vortheil nicht genug achtenden Bauern bereden, dasselbe um Monate oder Jahre zu früh einzustellen. Der Einsteller hat dann den Nachtheil, daß er es ein Jahr oder länger in seinem Futter hat, ohne den geringsten Vortheil daraus zu ziehen. Unter solchen Umständen wird der einstellende Bauer das Geschäft nicht blos mit obigen Klagen, sondern in der Regel auch noch wegen Betrugs schon gemeinrechtlich anfechten können, so wie er auf jeden Fall das Futtergeld von der Zwischenzeit als Entschädigung ersetzt verlangen kann, soweit es nicht durch die genossenen Vortheile compensirt wird, wenn auch nicht die Landesgesetze dasselbe ausdrücklich für nichtig erklärt oder verboten haben [6]).

## §. 8.

Rücksichtlich des Subjekts hat die Viehverstellung wenig Eigenthümliches. Sie kam und kömmt weniger zwischen Bauern und sonstigen auf dem Lande lebenden Beisitzern und Miethlingen, als zwischen Bauern und mit baarem Gelde versehenen Städtern und Juden vor, wie dieß aus der Stellung desselben in der mecklenburgischen Landesordnung unter dem Titel: Von Gewerb und Handthierung der Bauern mit den Bürgern in den

5) L. 19. §. 1. D. Locat. cond. (19. 2). L. 13. §. 6. de damno inf. (39. 2).

6) Das bad. Edikt a. a. O. „So wollen wir alle diejenigen Vieh-

Digitized by Google

Städten ꝛc. [1]) deutlich hervorgeht. Aus diesem Grunde neigte sich denn auch bei den Verabredungen der größere Vortheil immer auf die Seite des reichen und deßhalb mächtigen Verstellers, weßhalb auch aus allen unseren Gesetzen das Bestreben ersichtlich ist, den armen Einsteller gegen Uebervortheilungen zu schützen [2]), während man auch nicht die geringste Spur antrifft, daß ähnliche Vorschriften zum Vortheil des Verstellers jemals nöthig geworden wären.

Insbesondere haben die Juden den armen Bauern arg damit gespielt, so daß sich unsere Gesetze bitter über sie beklagen, wie z. B. das badische Edikt vom 20. Jan. 1747 [3]), welches sich folgender Maßen darüber äußert:

„Nicht weniger ist unterm 29sten October 1725 durch ein emanirtes Edikt, wie es zu Vermeidung allerhand wucherlicher Contracte bei Verstellung des Viehes gehalten werden solle, zwar verordnet, jedoch durch die bisherige Erfahrung bewähret worden, daß theils geizige Christen, vornehmlich aber die in unseren Fürstenthumen und Landen sich enthalten- und den Schutz genießende zu allem unerlaubten Wucher von Natur geneigte Juden, durch andere eben so schädliche Auswege, ihre gegen die ergangene Verordnungen auf verbottenen Wucher, auch Beschwer- und Aussaugung abzielende Absichten, deme unerachtet, zu erreichen wissen."

Nachdem es die im vorigen §. 7 angeführten Bestimmungen und Verbote erlassen, kömmt es noch einmal auf die Juden zurück, indem es so fortfährt:

---

verstellungen, insofern sie nicht durch nachfolgendes (worunter gerade die obigen Bestimmungen begriffen) gestattet, ein vor allemal gänzlich abgestellt wissen, und auf das schärffste verbotten haben."

1) Vergl. Leiser: jus georgicum pag. 315.

2) Am deutlichsten ergibt sich dieß aus der würt. L.O. Tit. 56. Ziff. 10. S. 120. „Doch dieweil der arm Mann etwan eines Kühlins, seiner Kindlin und Gütlins halb nottürftig, und aber deß Vermögens nicht ist, daß er eines selb kauffen mög, So sollen Vnsere Amptleut vnd Gericht ihnen beholffen seyn, wie also die armen Leuth zu solchen Kühlin, füglicher weiß, ohn einichen wucherlichen Contract kommen mögen." Reyscher, XII. S. 800.

3) Bei Gerstlacher a. a. O. S. 279. 281.

Digitized by Google

„Zehendens alles vorstehende mit diesem ausdrücklichen Anhang, daß, welcher Jud sich gelüsten lassen wird, hierwieder samt oder sonders zu handeln, derselbe, nebst Erstattung des dem Christen durch solche Entgegenhandlung zugefügten Schadens zur oben angesetzten Strafe condemniret werden solle."

Daraus erklärt sich die Verordnung, daß, um dem Wucher vorzubeugen, die Juden nach manchen Particulargesetzen gehalten sind, den Vertrag vor der Obrigkeit des mitcontrahirenden Christen nach vorausgegangener Untersuchung bei Vermeidung der Nichtigkeit und noch überdieß einer Geldbuße oder sonstigen Strafe, bestätigen zu lassen. Dieß schreibt vor das badische Generalrescript vom 3. März 1770 [4]).

„Es ist zwar allschon in der Juden-Ordnung versehen, daß die Juden mit Unsern Unterthanen nicht anderst, als in Gegenwart derer Orts Vorgesezten handlen sollen. Wenn Wir aber zu vernehmen gehabt, daß hiebei und besonders bei dem Viehverstellen derer Juden an Christen öfters Mißbräuche vorgehen, so verordnen Wir hiermit vor die Zukunft und wollen, daß — alle beim Verstellen verabredete Bedingungen denen Orts-Vorgesezten allemal — angezeigt, und all solches in das Gerichts-Protocoll eingetragen, bei unterlassender Anzeige aber einer Viehverstellung beede Theile nach Befinden gestraft, die dabei vestgesezte Bedingungen vor null und nichtig erklärt, und deren anderweite Bestimmung nach eurem Ermessen der Billigkeit gemäß sodann anderweit eingerichtet werden sollen."

Eben so ist nach dem fuldischen Privatrecht [5]) den Juden die Viehverstellung zwar gestattet,

„es muß aber die Sache vordersamst bei der des Christen ordentlicher Gerichtsstelle unmittelbar geprüfet, und von dortaus die ausdrückliche Erlaubniß hiezu ertheilet werden. Geschieht dieses nicht: so verliert der Jude allen rechtlichen Anspruch, und muß noch überdieß eine willkührliche Strafe fühlen."

---

4) Bei Gerstlacher a. a. O. S. 288. 289.

5) Thomas a. a. O. §. 255.

Digitized by Google

§. 9.

Da das gemeine Recht die Viehverstellung nicht als ein besonderes Rechtsgeschäft kennt, so hat es dafür auch keine eigene Form vorgeschrieben. Um jedoch dem damit nicht blos von Juden, sondern häufig auch von Christen [1]) getriebenen Wucher vorzubeugen, verlangen

1) manche Gesetze ganz allgemein gerichtliche Untersuchung und Bestätigung des Vertrags. So das württembergische Generalrescript vom 14. März 1642 [2]).

„befehlen — daß alle Contractus vber verstellung Zug- und Melckviehs, innerhalb acht Tagen, nachdem die Contrahenten vber dem Contract einig, Gerichtlich fürgebracht, durch Amptleut und Gericht alle Vmbstände wohl erwogen, alsdann nach maßgebung hernach folgender Verordnung und Fällen darüber erkennt: Vnd im fall solch Gerichtlich fürbringen vnterlassen, der Contrakt nicht nur für null, nichtig vnd vngültig gehalten, sondern auch jeder Contrahent, zu gebührender straff gezogen werden sollen."

Die mecklenburgische Landesordnung [3]):

„so wollen Wir, daß hinführo keiner aus den Städten mit den Bauern, auch kein Bauer mit dem andern, ohne Vorwissen und Bewilligung eines jeden Obrigkeit, das Vieh um die Helfte zusammen setzen sollen."

Aus diesen und ähnlichen Gründen schrieb für Frankreich ein Edict vom Oktbr. 1713 verschiedene Förmlichkeiten vor, welche jedoch vom *Code civil* nicht recipirt worden sind [4]). Doch enthält er noch

2) die Vorschrift, daß das Vieh bei der Einstellung taxirt werden muß [5]), wobei andere Gesetze die Schätzung durch die Con-

---

1) Vergl. darüber oben §. 8.

2) Bei Reyscher V. S. 418. 419.

3) Bei Leiser l. c. pag. 315.

4) *Code civil* par *Dufour*, Tom. 3. p. 246. 247. Pothier a. a. O. n. 6. Merlin repertoire, Tom. 2. p 627.

5) Zwar sind die Worte des Art. 1805 nur enunciativ gefaßt, die Nothwendigkeit ergibt sich aber aus der Verbindung dieses Art. mit dem Art. 1816, weil dadurch eine Vergleichung der Taxation

Digitized by Google

trahenten selbst nicht für genügend erklären, sondern verlangen, daß sie durch unpartheiische, von ihnen selbst zu erwählende oder durch die Obrigkeit zu bestimmende, Kunstverständige geschehe, wie dieß das badische Generalrescript vom 3. März 1770 [6]) erfordert.

„So verordnen Wir, daß jedes zu verstellende Stück Vieh, ehe es vom Unterthanen übernommen wird, sowohl beim Verstellen selbst, als auch hernachmals bei Bestimmung des Gewinnsts oder Verlusts jederzeit durch die geschwohrne Viehschäzere geschäzt, alle andere Schäzung aber vor null erklärt werden sollen" [7]).

§. 10.

Weil die Viehverstellung immer auf einem Vertrage beruht, und deßhalb auch alle Grundsätze von Verträgen überhaupt auf sie anwendbar sind (oben §. 1), so muß eine gehörige, nicht durch Zwang, Irrthum, Betrug oder Simulation veranlaßte Willensbestimmung vorhanden und gehörig erklärt seyn, widrigen Falls der Vertrag wie jeder andere durch die bekannten Rechtsmittel angefochten werden kann. Eben so tritt die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung, zur Vertretung verborgener Mängel und versprochener Eigenschaften, und die Pflicht ein, nicht enorm zu lädiren. Zwang, Irrthum, Betrug, Simulation und enorme Verletzung sind es hauptsächlich, welche die Viehverstellung in den Ruf eines wucherlichen Geschäftes gebracht haben, weßhalb immer an angemessener Stelle die Rechtmäßigkeit des Instituts zu prüfen ist. Für gesetzwidrig und wucherlich sind aber schon im Allgemeinen die Verabredungen zu erklären, wenn

---

bei Eingehung mit der Taxation bei Aufhebung des Geschäfts nothwendig gemacht wird. Vergl. darüber Dufour l. c. pag. 247. Pothier l. c. nr. 5. Merlin l. c. pag. 627.

6) Bei Gerstlacher: Sammlung, Thl. 3. S. 288. 289.

7) Durch das bad. Landrecht ist die hier vorgeschriebene gerichtliche Bestätigung ganz, und die letztere Vorschrift theilweise als aufgehoben zu betrachten. Vergl. Art. 1805 mit Art. 1817, dem Publikations-Patent Nr. XVII. und Art. 6 e. und Brauer, Erläuterungen zu den angef. Stellen.

Digitized by Google

1) der vermögliche Versteller die Noth des geldbedürftigen Einstellers dazu benutzt, demselben sein Vieh unter dem Preis abzukaufen, und dann unter der einen oder der anderen Form der Viehverstellung stehen zu lassen, und wenn er sich

2) in diesem Fall, oder auch wenn er eigenes Vieh einstellte, einen unverhältnißmäßig hohen Zins an Geld oder Früchten ausbedingt. In beiden Fällen kann, wenn sich betrügerische Absicht nicht erweisen lassen sollte, wo denn eine Anfechtung ex capite doli Platz greifen würde, das Geschäft wegen laesio enormis angefochten werden, insofern die Voraussetzungen der L. 2. C. de rescindend. emt. vendit. vorliegen, und man nach römischem Recht eine Ausdehnung dieser Stelle auch auf Verkäufe von Mobilien und noch weiter auch auf andere das Eigenthum nicht übertragende Verträge, als Pacht und Societät rc., für zulässig hält, wie man denn nach dem Grund des Gesetzes dieselbe für zulässig erklären muß, wenn man nicht ganz stricte interpretiren, und die Klage aus dem Gesetz blos dem Verkäufer eines Grundstücks einräumen will [1].

3) Wenn der Versteller ein ganz geringes Darlehn auf ein Stück Vieh des Einstellers herleiht, und sich zu hohe Procente an Früchten oder Geld bezahlen läßt, oder wenn endlich

4) eine Viehverstellung nur simulirt wird, und der Einsteller selbst nicht einmal ein Stück Vieh besitzt, um auf dasselbe ein Darlehn herzuleihen, sondern ein solches blos fingirt wird, um statt der geringen Zinsen vom niedrigen Darlehn einen hohen Viehzins zu erheben.

In den beiden letzten Fällen wird in der Regel ein Darlehn mit höheren als den erlaubten Procenten intendirt, und eine Viehverstellung simulirt seyn, was auch leicht bei dem Verkauf unter Nr. 1 möglich ist. Da nun aber bei Simulationen nicht das simulirte, sondern das dadurch verdeckte Geschäft als das in der That eingegangene angenommen wird, so fällt der Vertrag unter die Verbote zu hoher Zinsen, und kann daher aus diesem Grunde auch wieder schon nach gemeinem Recht angefochten werden.

Particulargesetze wiederholen nicht blos die gemeinrechtliche Nichtigkeits- und Strafandrohung, sondern fügen zum Theil auch neue

---

1) Glück, Commentar, Bd. 17. §. 1032. Schweppe, römisches Privatrecht, §. 444.

Digitized by Google

hinzu, wie die württembergische Landesordnung, welche nach Aufzählung der gedachten vier Fälle in Tit. 56. Ziff. 8. unter Ziff. 9 so fortfährt:

„Dieweil vnd aber solche, vnd dergleichen ohnzimbliche, in Göttlichem vnd Kayserlichem Rechten verbotne Pacta vnd Geding, wucherlich, vnd dem gemeinen Mann verderblich, So soll meniglich, so deß in Vnserm Herzogthumb üben oder gebrauchen wurde, was Stands der were, wo befunden würdt, daß es nicht böser, wucherischer, fürsätzlicher Weiß beschehen were, dardurch den vierdten Theil der Hauptsumma verwirckt haben, derselb auch von Vnsern Amptleuten mit Recht beklagt, vnd was also erkennt, ohn nachlaß eingezogen, und Vns verrechnet, Wa aber der Wucherer und Außleyher, gefahrlich und vortheilig gehandelt, alßdann soll er nicht allein den vierdtentheil, sondern die gantz außgelegte Hauptsumma verfallen, und noch ferner, nach gestalt der Vberfahrung gestrafft werden."

und unten Ziff. 11 noch hinzusetzt:

„Darzu auch solche vnrechtliche, böse, wucherliche Käuff, Conträct, Handthierungen vnd Händel, für vnwürdig, krafftloß vnd vnbindig halten, vnd darauff von Gerichten nichts erkennt, noch einige würkliche Execution gestattet werden."

Generalrescript vom 22. Febr. 1620 [2]).

„den — Weg zu contrahiren aber, (als da nun das Gelt auff der Beständer aygen Vihe gelihen, vnd nichts destoweniger das Kalb für den Jährlichen Zinß von dem Leiher genommen wirdt) betreffend, soll derselb Contract, als wucherlich vnd sträfflich, hiemit gäntzlich verbotten, Vnd die jenige, so Gelt hinzuleihen haben, erinnert sein, selbiges umb ein gewohnlichen Landläuffigen Zinß zuthun."

Durch eine k. württ. Verfügung vom 23. April 1823 (Reg.-Bl. S. 368) ist auf allerhöchsten Befehl den Ortsvorstehern zur Pflicht gemacht worden, mit Ernst und Eifer dahin zu wirken, daß das Halten von Stellvieh abgeschafft, und durch Errichtung örtlicher Hülfs- und Leihkassen entbehrlich gemacht werde.

Das württ. Polizei-Strafgesetzbuch vom 2. Okt. 1839 er-

2) Reyscher, Gesetzsammlung, V. S. 367.

Digitized by Google

wähnt die Viehverstellung auch wieder unter der Rubrik „Wucher", und bestimmt darüber im Art. 72:

„Auf die sogenannte Viehverstellung finden die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes gleichfalls Anwendung.

Namentlich ist bei der Vergleichung der von dem Verleiher empfangenen Leistung mit der hingeliehenen Nutzung die letztere nach Maaßgabe des zweiten Absatzes des Art. 71 zu schätzen, dabei aber eine etwa von dem Beständer übernommene Gefahr für zufällige Beschädigung der in seiner Nutzung stehenden Sache gehörig in Anschlag zu bringen" [3]).

§. 11.

Die Viehverstellung kann einen Bestand- oder Societäts-Vertrag bilden, oder als ein aus Bestand und Societät gemischtes Institut erscheinen, oder aber in verschiedene andere Vertragsformen übergehen. Um nun zu bestimmen, welchem besonderen Vertrag sie nach den jeweiligen speziellen Verabredungen angehöre, hat man sich vorerst die wesentlichen (und gewöhnlichen) Merkmale des Bestandes und der Societät, die hier am häufigsten zur Sprache kommen, und die meisten Verwicklungen darbieten, zu vergegenwärtigen.

Bei dem Bestand ist es wesentlich, daß eine nutz- oder brauchbare, durch den Gebrauch nicht verzehrbare Sache aber blos zum Gebrauch oder zur Benutzung und zwar gegen einen Zins, der in der Regel in Geld bestehen muß, überlassen werde. An der vermietheten oder verpachteten Sache selbst oder deren Werthserhöhung erhält der Miether oder Pächter durchaus keinen Antheil, und es hört der Pachtvertrag auf, rein als solcher zu bestehen, sobald dem Pächter auch daran ein Antheil zugesagt ist.

Bei der Erwerbsgesellschaft sind gemeinschaftlicher

3) Die Grundsätze des Art. 71 und des Polizeistrafgesetzbuchs über Wucher überhaupt gehen dahin, daß nicht über 6 Procent Zinsen bedungen und bei Natural-Verleihungen und Gegenleistungen, letztere, sowie der erfahrungsmäßige Ertrag der ersteren geschätzt, und nach Vergleichung des Ergebnisses der Betrag über 6 Procent als wucherlich betrachtet werden soll. Da diese Bestimmungen allgemein und durchgreifend sind, und namentlich erklärt ist, daß es gleichgültig sey, unter welcher Form die Zinsen oder Leistungen erhoben werden, so sind sie auf alle Arten der Viehverstellungen zu beziehen, und die Landesordnung, soweit sie damit im Widerspruch steht, als aufgehoben zu betrachten.

Digitized by Google

Gewinn und Verlust nach ideellen Theilen, und zu diesem Behuf ein in Sachen oder Diensten oder in beidem bestehender gemeinschaftlicher Fonds wesentlich. Die Ungewißheit, ob sich Gewinn oder Verlust herausstellen werde, und die Gefahr in diesem Betreff sind bei der Societät charakteristisch.

Wenn nun in einem besonderen Falle einer der vorgenannten Verträge von den Parthieen namentlich bezeichnet, und zugleich dessen wesentliche Merkmale ausdrücklich verabredet sind, so kann weiter kein Zweifel entstehen. Die Personen, welche eine Viehverstellung eingehen, sind aber in der Regel mit der juristischen Natur der Verträge nicht genau bekannt, und wissen ihrem beabsichtigten Geschäft weder den rechten Namen zu geben, noch auch die charakteristischen Merkmale speciell hervorzuheben, wohl aber erstrecken sich ihre Verabredungen auf Umstände, aus denen mit mehr oder weniger Sicherheit auf einen bestimmten Vertrag geschlossen werden kann. Dahin gehören das Eigenthum an dem ursprünglich gestellten Vieh, die Gefahr, die Restitution und eine zu diesem Behuf gemachte Taxe, die Gegenleistungen und der Zweck der Contrahenten. Alle diese Momente sind daher in nähere Betrachtung zu ziehen.

Anlangend

1) die Verabredungen über das Eigenthum, und zwar am Stammvieh, so kann über die Natur des Geschäfts kein Zweifel entstehen, wenn beide Contrahenten solches zusammenbringen. Denn dann ist unzweifelhaft eine Societät vorhanden. Wenn aber der Versteller dasselbe allein hergibt, so sind die zwei Fälle möglich, daß er es hälftig auf den Einsteller zu übertragen, oder sich ganz vorzubehalten gedenkt. Ergibt sich Ersteres bestimmt aus den näheren Verabredungen, so ist wieder unzweifelhaft Societät anzunehmen. Wenn sich dagegen der Versteller das Eigenthum am ganzen Stammvieh vorbehalten hat, was nach dem Grundsatz, daß Veräußerungen nicht vermuthet werden, im Zweifel anzunehmen ist, so kann das Geschäft nicht blos in Pacht, sondern es kann noch ebensowohl in Societät übergehen, weil auch bei der Societät der Gesellschafter das Eigenthum behalten, und blos den Nutzen oder Gebrauch in die Gemeinschaft einbringen kann. In diesem Punkt haben sich die meisten Schriftsteller einen Irrthum zu Schulden kommen lassen, indem sie bei dem Vorbehalt des Eigenthums von Sei-



Digitized by Google

ten des Verstellers unbedingt einen Pachtvertrag behaupten [1]). Es liegt darin ein Nichtbeachten der Umstände, daß bei einer Societät, von dem Einen Nutzen und Gebrauch seiner Sachen, und von dem Anderen Dienste eingeworfen werden können.

2) Ueber die Gefahr des Stammviehs werden bei der Viehverstellung in Erwägung der bedeutenden offenen und verborgenen Mängel, an denen die Hausthiere häufig leiden, und der vielen Krankheiten, denen sie unterworfen sind, aus Furcht vor etwaigen Viehseuchen, und in Betracht, daß das Vieh durch ungeschickte und verkehrte Behandlung der Inhaber ganz verdorben werden kann, zwar in der Regel Verabredungen gepflogen, es läßt sich aber daraus kein sicherer Schluß auf einen bestimmten Vertrag machen, weil diese Verabredung eine doppelte Erklärung zuläßt. Einmal kann man nach dem Grundsatz casum sentit dominus schließen, daß demjenigen, welchem die Gefahr aufgelegt ist, auch das Eigenthum gehören soll. Sodann aber kann eine solche Verabredung auch eine Assecuranz enthalten, so daß der, dem die Gefahr aufgelegt ist, als Versicherer von fremdem Eigenthum zu betrachten ist.

3) Gleiche Bewandtniß hat es mit den Verabredungen über die Restitution. Ist die Restitution des gestellten Viehes in specie ausbedungen, so rechtfertigt dieß zwar den Schluß, daß sich der Versteller das Eigenthum daran vorbehalten habe. Ist aber die Restitution des überlassenen Viehs nicht ausdrücklich in specie, sondern nur überhaupt in gleicher Qualität und Quantität ausbedungen, so kann daraus noch nicht unbedingt geschlossen werden, daß das Eigenthum auf den Empfänger habe übertragen werden wollen, indem es sich sehr wohl denken läßt, daß der Versteller dessen ungeachtet das Vieh in seinem Eigenthum zu behalten, und mit seiner Erklärung nur zu sagen beabsichtigt habe, er wolle sich bei etwaigem Abgange, statt einer Entschädigung in Geld die Restitution anderer Stücke von gleicher Zahl, Art und Güte gefallen lassen.

Ganz gleich damit steht es um die Ueberlassungen gegen eine Taxe. Es kann nämlich dabei

a) die Absicht der Contrahenten blos darauf gehen, bei schuldvoller positiver oder negativer Vernichtung oder Verschlechterung des überlassenen Viehes durch den Einsteller, einen Maasstab für den

---

1) Wie z. B. Chassenaeus l. c. n. 56.

Digitized by Google

Schadensersatz zu haben. Dieß ist die geringste unter den möglichen Bedeutungen, indem sie blos das Quantum des verschuldeten Schadens, den der Uebernehmer ohnehin zu ersetzen hätte, zum Voraus bestimmt, und ihn nebenbei darauf aufmerksam macht, welchen Nachtheil er sich durch seine Vernachläßigung zuziehen kann, um sich desto mehr zusammen zu nehmen.

Wenn er nach der Natur des Geschäfts nicht schon den höchsten Grad des Fleißes prästiren muß, so kann

b) die Taxation die Bedeutung haben, den Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit zu steigern und ihn für allen, auch durch das geringste Versehen verursachten Schaden in der vorausbestimmten Summe tenent zu machen. Diese Grundsätze finden sich, gerade mit spezieller Rücksicht auf die Viehverstellung, ausgesprochen in *L.* 52. §. 3. *D. pro socio* (17. 1), wo es heißt:

> »Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare. Ideoque si pecus *aestimatum datum sit*, et id latrocinio aut incendio perierit, *commune* damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit. Quodsi a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est: *quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit.* Haec vera sunt, et pro socio erit actio; si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt, quamvis aestimata.«

In dieser Stelle werden zwei Fälle berührt, nämlich einmal, wenn das gegen eine Taxe bei einem Hirten eingestellte Vieh durch Zufall zu Grunde geht, und sodann, wenn es durch ein Versehen abhanden kömmt. Für den ersten Fall wird bestimmt, der Einsteller habe den Zufall nicht zu tragen, obgleich er das Vieh gegen eine Taxe bekommen habe, weil ja das Damnum, wie es der Societät angemessen ist, *commune* seyn soll. Mithin hat hier die Schätzung den Zufall nicht auf den Einsteller übertragen, und kann sofort keine andere Bedeutung gehabt haben, als das Schadensersatz-Quantum für das verschuldete damnum zum Voraus festzusetzen. Im zweiten Fall hat sich der Einsteller eine culpa levis in abstracto zu Schulden kommen lassen, dadurch, daß er das Vieh stehlen ließ. Streng genommen wäre er als socius dafür nicht einmal verantwortlich gewesen, wenn er sein eigenes Vieh auch nicht besser bewachte, weil er in der Eigenschaft als Gesellschafter nur



Digitized by Google

diligentia in concreto zu prästiren hat. Hier wird nun aber der Taxation die Wirkung, aber auch keine stärkere (quamvis aestimata) beigelegt, als daß er zur custodia, mithin zur diligentia in abstracto verbunden seyn soll [2]).

c) Eine stärkere Wirkung hat die Taxation dann, wenn die Absicht der Paciscenten darauf gerichtet ist, den Einsteller auch für den zufälligen Schaden verantwortlich zu machen. Die Taxationssumme ist hier das zum Voraus bestimmte Schadensersatz-Quantum für alle Fälle, ohne Unterschied, ob der Einsteller irgend eine Schuld an der Verschlechterung oder dem Untergang trägt, ohne Rücksicht darauf, ob es ihm bei allem Fleiß möglich war, ihn abzuwenden oder nicht. Dieß ist die bekannte aestimatio *taxationis* s. intertrimenti causa facta.

In allen drei Fällen will aber der Versteller zunächst sein eigenes Vieh zurückhaben, und nur in subsidium sich mit der Taxationssumme begnügen.

§. 12.

4) Ein weiteres Moment bilden die Gegenleistungen für das eingestellte Vieh. Hier könnte die Viehverstellung als Pachtvertrag auf die leichteste und einfachste Weise von den übrigen Verträgen ausgeschieden werden, wäre nur das römische Recht streng bei seinem ursprünglichen Prinzip stehen geblieben, daß der Pachtzins immer in Geld bestehen müsse. Eine Modification ist jedoch schon dadurch zugelassen, daß, wenn dem ursprünglich in Geld versprochenen Pachtzins an Zahlungs Statt andere Sachen substituirt werden, dadurch die anfängliche Miethe nicht in ein anderes Geschäft verwandelt wird [1]). Eine wahre Ausnahme tritt aber bei fruchttragenden Sachen ein, indem bei solchen, wenn auch gleich Anfangs Frucht statt des Pachtzinses versprochen wird, das Geschäft unter gewissen Voraussetzungen dessen ungeachtet als Pacht fortbesteht. Als Singularität beschränkt sich natürlich diese Ausnahme auf fruchttragende Sachen, da leges singulares nicht ausgedehnt werden können, und es versteht sich von selbst, daß bei blos

2) Vergl. über den letzten Fall: Schweppe, römisches Privatrecht §. 477, vergl. mit §. 483.

1) Glück, Commentar, Bd. 17. §. 1049. S. 336—338.

Digitized by Google

brauchbaren Sachen die Regel unverändert stehen geblieben ist. Ja es könnte sogar Zweifel entstehen, ob nur die obige Ausnahme von allen fruchttragenden Sachen gelte, da die meisten darauf bezüglichen Stellen [2]) nur von verpachteten Landgütern, der sogenannten colonia partiaria reden, wenn nicht die *L.* 8. *C. de pactis* (2. 3) ausdrücklich unser Viehverstellungsgeschäft der colonia partiaria gleichgestellt hätte. Unter diesen Umständen kann aber die Untersuchung nicht umgangen werden, ob und welche derartigen Fälle der Pacht, und wie weit sie derselben angehören.

Die versprochene Fruchtleistung kann entweder in einer pars quanta, oder in einer pars quota des Ertrags bestehen. Besteht sie

a) in einer *pars quanta*, so ist Pacht anzunehmen, wie sich aus L. 21. C. de locat. et conduct. (5. 64) auf das bestimmteste ergibt, wo die Kaiser Diocletian und Maximinian einer gewissen Antonia rescribiren:

»Si olei *certa ponderatione* fructus anni *locasti*: de contractu bona fide habito, propter hoc solum, quod alter majorem abtulit ponderationem, recedi non oportet« [3]).

Besteht sie dagegen

b) in einer *pars quota*, so schweift das Rechtsgeschäft in die societas quaestuaria hinein, weil einige ihrer wesentlichen Merkmale, gemeinschaftlicher Gewinn und Verlust, und gemeinschaftliche Gefahr in diesem Betreff verabredet sind. Dieß führt uns zu der bestrittenen L. 25. §. 6. D. Loc. cond. (19. 2) [welcher die schon oft gedachte L. 8. C. de pactis, als von der Viehverstellung speziell handelnd, zur Seite steht], worin sich Gajus so ausdrückt:

»Vis major, quam Graeci *Θεοῦ βίαν*, id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus. Alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad *pecuniam numeratam* conduxit: alioquin

2) L. 24. §. 4. L. 25. §. 6. D. locat. cond. (19. 2). L. 20. §. 3. D. de instr. vel instrum. legato (33. 7). L. 21. C. de locat et conduct. (4. 65). L. 8. L. 18. C. eod.

3) Vergl. dazu L. 8. und L. 18. C. eod. und Glück, Commentar, Bd. 17. §. 1049. S. 331—33.

Digitized by Google

partiarius colonus, *quasi societatis jure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.*«

Nachdem hier der Verfasser dieser Stelle die bekannten Grundsätze in Betreff der Gefahr bei der Pacht aufgestellt hat, betrachtet er den wirklichen Pachtvertrag, wo die Gegenleistung in einer runden Geldsumme bedungen ist, gegenüber von der colonia partiaria, und sagt von der letzteren, sie werde *quasi societatis jure* behandelt, und der Colon habe allen Gewinn und Verlust mit dem Eigenthümer des Grundstücks zu theilen. Wir haben über diese Stelle, abgesehen von kleinen Abweichungen, im Einzelnen drei Hauptansichten, indem viele Schriftsteller diese sogenannte Theilpacht für eine Societät, Andere aber für einen Pachtcontrakt erklären, noch Andere aber für ein aus Pacht und Societät gemischtes Geschäft halten [4].

Diese letztere Ansicht halte ich für die richtige, und gehe nun, um nicht alte Gründe für die eine oder andere Ansicht wiederholen zu müssen,

5) zum Zwecke der Contrahenten über, welcher mir einzig und allein den Ausschlag zu geben scheint. Daß auf den Zweck Alles ankomme, hat schon Cujaz [5]) richtig bemerkt, nur hat er darin geirrt, daß er im Zweifel die Absicht der Contrahenten als auf Societät gerichtet erklärt, während er das Umgekehrte hätte behaupten sollen. Er sagt nämlich:

»Hoc genere societas contrahitur potius quam locatio. — Et sane locationem esse dicendum est, *si animus contrahendae locationis fuit,* et ideo esse actionem ex locato et conducto, *licet lucra et damna communicentur.*

Richtiger hat die Sache schon Glück [6]) aufgefaßt, wenn er sagt:

„daß dieses Geschäft kein eigentlicher Societätscontract sey, sondern nur das mit diesem Contract gemein habe, daß der colonus hier mit dem Eigenthümer des Grundstücks Gewinn und Verlust theile."

---

4) Vergl. über diese verschiedenen Ansichten Glück: Erläuterung der Pandecten, Thl. 17. §. 1049, und über die Schriftsteller insbesondere Not. 96. 98 und 99.

5) *Comment.* in Lib. IV. Tit. 65. C. Loc. cond. ad leg. 5 (nach der Neapolitaner Ausgabe S. 411. 412).

6) Commentar Thl. 17. §. 1049. S. 335.

Digitized by Google

Noch näher kömmt der richtigen Ansicht Schweppe [7]), wenn er sagt:

„Will man dieß Geschäft (die colonia partiaria) als Societät ansehen können: so wird erfordert, daß der Vertrag ohne gezwungene Erklärung einen Verein der Contrahenten zeigt, nach welchem der Eine die zu bewirthschaftende Sache, der Andere die Dienste zum Zwecke gemeinschaftlichen Gewinnes hergibt, die Kosten der Bewirthschaftung gemeinschaftlich getragen werden, das Verhältniß der Partheien aber durch Tod oder Kündigung aufgehoben wird."

Die beiden letztgenannten Punkte der Aufhebung durch Tod oder Kündigung sind zwar als bloße Naturalia der Societät, die ihre uneingeschränkte Anwendung leiden, sobald sich erweisen läßt, daß die Absicht der Contrahenten auf eine Societät gerichtet war, nicht entscheidend, sowie auch das weitere Naturale der Societät, daß die Kosten der Bewirthschaftung u. s. w. gemeinschaftlich getragen werden, den Ausschlag nicht geben kann; dagegen ist aber das Hauptmerkmal, worauf auch das größte Gewicht gelegt wird, daß der Eine die zu bewirthschaftende Sache, der Andere die Dienste zum Zweck gemeinschaftlichen Gewinnes hergegeben haben müsse, das allein unterscheidende Moment. Nur hätte noch hinzugefügt werden sollen, daß die Absicht einen gemeinschaftlichen Fonds zum Zweck des gemeinschaftlichen Gewinnes durch eine Societät zu bilden, bestimmt erhellen müsse (vergl. darüber den folgenden §. 13). Wenn und wo diese Absicht nicht ausdrücklich erklärt ist, oder sich aus bestimmten Verabredungen mit Sicherheit erschließen läßt, da ist auch, namentlich bei der Viehverstellung, keine Societät anzunehmen, wie sich aus den Worten der *L.* 52. §. 2. *D. pro socio* (17. 2): „*si modo societatis contrahendae causa* pascenda data sunt (pecora) mit Bestimmtheit abnehmen läßt. Da nun aber, wo diese Absicht nicht erhellt, bei der Halbtheiligkeit des Gewinnes und Verlustes ein reiner Pachtvertrag nicht angenommen werden kann, weil Gewinn und Verlust *quasi societatis jure* vertheilt werden sollen, so muß ein gemischtes Geschäft vorliegen.

---

7) Das römische Privatrecht (3te Auflage. Altona 1822) und in seinem größeren Werke, fortgesetzt von W. Majer) 4te Aufl. Göttingen 1831). Bd. 3. §. 483.


Digitized by Google

§. 13.

Unsere Schriftsteller [1]) reden in dem ebengenannten und ähnlichen Fällen von einem contractus socidae als einem aus mehreren Verträgen gemischten Geschäfte, und es ist deßhalb nothwendig, von gemischten Verträgen überhaupt und dem contractus socidae insbesondere das Nöthige zu bemerken. Man begreift unter dem letzteren gewöhnlich entweder die bereits berührte Theilpacht, oder was im Grunde dasselbe ist, eine Mischung aus Pacht und Societät, oder endlich aus Pacht und Kauf. Was will aber die Behauptung heißen, ein Geschäft, oder wo von hier insbesondere die Rede ist, ein Vertrag sey aus zwei anderen Verträgen gemischt? Dieß kann

A) zunächst den Sinn haben: es ist ein Vertrag geschlossen worden, in welchen wesentliche Merkmale von zwei Verträgen aufgenommen worden sind, und zwar wieder entweder

a) so, daß die wesentlichen Merkmale von diesen zwei Verträgen vollständig verabredet worden sind. Dann beziehen sich die Verabredungen wieder entweder auf verschiedene Objekte, oder sie haben dasselbe Objekt zum Gegenstand.

1) Im ersten Fall sind dann zwei oder mehrere verschiedene Verträge in einer Beredung abgeschlossen worden, sey es nun, daß der eine als Haupt- und der andere als Nebenvertrag erscheint, oder daß sie als selbstständige und von einander unabhängige Verträge angesehen werden können. Dahin gehört der Fall, wenn bei der Verpachtung eines Landguts das Inventar gegen eine venditionis causa beigefügte Taxe mitüberlassen wird. Der Hauptvertrag ist eine Pacht, und zwar eine Verpachtung des Landguts, pactum adjectum, davon der Verkauf des Inventars, mithin eines ganz anderen Gegenstandes, als worauf die Verpachtung gerichtet ist, und Nebenvertrag von diesem das pactum de retrovendendo nach abgelaufener Pachtzeit. So kommen, um auch ein Beispiel von mehreren selbstständigen Verträgen anzuführen, in den Eheberedungen nicht selten drei selbstständige Verträge neben einander vor, als: der Ehevertrag, welcher sich auf die persönlichen Verhältnisse der

1) Runde, deutsches Privatrecht §. 201. Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 2. §. 201. Glück, Erläuterungen der Pandecten, Thl. 17. § 1059. Schweppe, röm. Privatrecht, §. 483.

Digitized by Google

Ehegatten bezieht, der Dotalvertrag, welcher das Vermögen bei Lebzeiten, und ein Erbvertrag, welcher das Vermögen nach dem Tode zum Gegenstand hat. In allen diesen Fällen ist aber kein gemischter oder zusammengesetzter, sondern es sind mehrere Verträge vorhanden, und es ist deßhalb unrichtig, wenn man die Verpachtung eines Landguts mit venditionis causa gemachter Taxe des Inventars zum contractus socidae rechnet, insofern man sich unter letzterem ein zusammengesetztes oder gemischtes Geschäft denkt.

2) Ueber denselben Gegenstand und in der nämlichen Zeit können nicht zwei verschiedene Verträge vollständig mit allen ihren wesentlichen Merkmalen verabredet seyn, ohne sich selbst zu vernichten, weil es eine contradictio in adjecto in sich enthält, daß da, wo die wesentlichen charakteristischen, und insofern alle anderen ausschließenden Merkmale eines Vertrags vorhanden sind, auch noch zugleich die diesen widersprechenden Merkmale eines anderen Vertrags vorhanden seyn sollen. Ganz klar erhellt dieß aus den Folgerungen. Nehme man einmal ein aus Pacht und Societät der Art gemischtes Geschäft an, daß die beiderseitigen wesentlichen Merkmale vollständig vorhanden wären, so müßte man consequenter Weise auch alle naturalia der locatio conductio und der societas zur Anwendung bringen, und es hätten daher die Contrahenten bei einem und demselben Geschäft culpa omnis und bloße culpa in concreto zu prästiren, es müßte dasselbe Geschäft bis zum Ablauf der bestimmten Zeit gehalten, und es könnte dasselbe zu jeder Zeit einseitig aufgerufen werden, es würde dasselbe Geschäft mit dem Tode des einen Contrahenten erlöschen und fortbestehen u. s. w. Es wird nicht nöthig seyn, die Sache weiter zu verfolgen, indem sich daraus bereits zur Genüge ergibt, daß

b) unter einem gemischten Vertrag nur derjenige verstanden werden könne, in welchem die wesentlichen Merkmale eines Vertrags vollständig, und von einem andern das eine oder das andere wesentliche Merkmal, aber nicht alle vollständig aufgenommen worden sind.

Um sich dieß zu verdeutlichen, hat man von den Begriffsbestimmungen auszugehen. In den Begriff eines Instituts oder Rechtsgeschäfts sind die wesentlichen Merkmale aufzunehmen, d. h. um in der alten Sprache zu reden außer dem nächsten Gattungsbegriff die Merkmale, wodurch sich das Geschäft von allen andern, unter

Digitized by Google

derselben Gattung begriffenen Arten unterscheidet. Wenn nun gleichwohl solcher Kennzeichen mehrere aufgeführt werden, so sind es doch in der Regel, und namentlich bei der Theilpacht und Societät, deren Verhältniß hier durchgeführt werden soll, nur wenige, welche die unterscheidenden Kriterien bilden. Denn wenn sich auch die Miethe durch das Objekt, die nutz- und brauchbaren, durch den Gebrauch nicht verzehrbaren Sachen, und durch ihre operae illiberales von anderen Verträgen unterscheidet, so können doch alle diese Dinge auch Gegenstand der Societät seyn. Es bleibt somit, da bei fruchttragenden Sachen auch nicht einmal der Pachtzins in Geld als unterscheidendes Merkmal angeführt werden kann, nur noch ein Unterschied im Zweck. Aber selbst hier hat der Pachtvertrag und die Gewinngesellschaft noch das mit einander gemein, daß beide auf wechselseitigen Vortheil oder Gewinn abzielen. Es bleibt somit als unterscheidendes Merkmal nur noch übrig, daß der Pachtvertrag auf separaten Gewinn abzielt, während durch die Societät gemeinschaftlicher Gewinn beabsichtigt wird. Ob separater, oder gemeinschaftlicher Gewinn erzielt werde, läßt sich aber nur daraus abnehmen, ob die Summe, die jeder erhalten soll, arithmetisch, nach einer Quantität, oder blos geometrisch, nach einer Quote bestimmt ist. Ist letzteres geschehen, und ist zugleich die Gefahr getheilt, wie dies in der mehrgedachten L. 25. §. 6. D. Loc. cond. geschehen ist, so ist das wesentliche Merkmal der Societät: gemeinschaftlicher Gewinn und Verlust in den Pachtvertrag aufgenommen. Wollte man aber mit Schweppe in den Zweck des gemeinschaftlichen Gewinnes und Verlustes das ganze Wesen der Societät setzen, so erhielte man bei jeder Theilpacht entweder eine reine Societät, was doch Schweppe selbst nicht annimmt, oder ein Geschäft, wobei die wesentlichen Merkmale zweier Verträge über dasselbe Objekt vollständig verabredet, und demnach die obigen Widersprüche unvermeidlich wären. Man kann daher nur behaupten, es ist die Verabredung von gemeinschaftlichem Gewinn und Verlust, gegenüber von andern Verträgen allerdings ein wesentliches Merkmal der Gewinngesellschaft, diese hat aber vor der Theilpacht noch das Charakteristische voraus, daß die Absicht: einen gemeinschaftlichen Fonds zum Zweck des gemeinschaftlichen Gewinnes zusammenzubringen, und dadurch eine wahre Societät zu errichten, bestimmt erhellen muß.

Was die Rechtsgrundsätze anbelangt, die bei einem so gemisch-

Digitized by Google

ten Geschäft zur Anwendung kommen, so ergiebt sich von selbst die Regel: die gesetzlichen Bestimmungen (naturalia) des Vertrags, dessen wesentliche Merkmale vollständig verabredet sind, und der somit den Hauptbestandtheil bildet, kommen alle zur Anwendung. Die gesetzlichen Vorschriften des Vertrags, von welchem nur das eine oder das andere wesentliche Merkmal aufgenommen ist, leiden dagegen nur soweit Anwendung als sie Folgesätze der aufgenommenen wesentlichen Merkmale sind, und insoweit wird dann auch die Anwendung der ersteren beschränkt, wenn beide mit einander in Widerspruch kommen. Bei der Anwendung werden sich zwar im Einzelnen Schwierigkeiten zeigen, da in unserem gemeinen Recht die gesetzlichen Bestimmungen (naturalia) nicht so bestimmt aus den einzelnen wesentlichen Merkmalen abgeleitet und meistens nur im Rückblick auf das ganze Geschäft gegeben worden sind, und dies führt zu dem frommen Wunsch, daß die Gesetzgebung selbst den contractus socidae besonders normirt, und die Grenze angegeben haben sollte, wieweit die Vorschriften des Pachtvertrags, und wieweit die der Societät zur Anwendung kommen können, wie denn wirklich der *Code civil*[2]) auf seine einfache Viehverstellung theils die Vorschriften des Pachtvertrags, theils die der Societät angewandt, und so ein drittes Institut daraus gebildet hat. Allein da dies nun einmal im gemeinen Rechte nicht so vollständig geschehen ist, wie von der französischen Gesetzgebung, so hat die Doctrin das Fehlende zu ergänzen.

Im Uebrigen hat man sich bei diesen Schwierigkeiten zu hüten in Verträgen welche von zwei anderen etwas zu enthalten scheinen, nun sogleich ein gemischtes Geschäft anzunehmen. So scheint mir die gar nicht ungewöhnliche Behauptung, daß ein Institut auf der Grenze zwischen zwei anderen liege, oder daß es aus zwei anderen zusammengesetzt sey, häufig viel zu vorschnell ausgesprochen zu werden und oft auf einer blosen Bequemlichkeit zu beruhen, um nicht näher auf das wahre Sachverhältniß eingehen zu müssen. Im Grunde ist auch mit einer solchen Bemerkung, wenn nicht zugleich eine Durchführung ins Einzelne hinzugefügt wird, soviel als nichts gesagt, weil man nun zwar an die Grundsätze von beiden Rechtsinstituten denkt, aber nicht weiß, welche von beiden zur Anwendung

2) Art. 1804—1817.

Digitized by Google

gebracht werden können und wieweit sich dies im einzelnen Falle thun läßt.

Zwar wird man mir vielleicht entgegenhalten, daß ja die Römer gar nicht selten zur Verfolgung eines und desselben Rechtsanspruchs verschiedener Klagen alternativ und cumulativ gestatten, was doch auf ein Mischungsverhältniß hindeute. Das Erstere hat nun zwar seine volle Richtigkeit. Allein es findet eine solche Klagenhäufung in der Regel nur da Statt, wo Ansprüche verfolgt werden, die schon mit der Klage des Gattungsgeschäfts und daher um so mehr mit der Klage des Geschäfts der besonderen Art geltend gemacht werden können. Sobald es sich aber um ganz spezielle Ansprüche handelt, die dem besonderen Geschäfte eigenthümlich und ausschließlich angehören, hört diese Concurrenz auf. So kann sehr wohl wegen Zufügung positiven Schadens auch in Contractsverhältnissen die actio ex lege Aquilia so gut angestellt werden, als die Klage aus dem Vertrage. Wenn aber der Schaden durch Unterlassung gestiftet wurde, hat nur noch die Contractsklage Platz, weil es sich hier um etwas Spezielles handelt, was die allgemeine Klage ex lege Aquilia nicht mehr umfaßt. Es kann zwar auch noch zugegeben werden, daß es bei vielen Ansprüchen gleichgiltig ist, welche von zwei gleich speziellen Klagen der Berechtigte anstellt. So wird es, um auf das hier behandelte Rechtsgeschäft zurückzukommen, einerley seyn, ob der Versteller bei einer dolosen Veräußerung seines Viehes durch den Einsteller als Regreßklage die actio ex locato oder pro socio anstellt, weil beide Verträge in diesen Regreßansprüchen mit einander übereinkommen. Bei Fragen über Aufhebung des Vertrags durch Tod oder einseitige Aufkündigung hat aber diese Concurrenz aufgehört, weil nun beide Verträge divergiren. Bei solchen Rechtsverhältnissen, wo allgemeine und spezielle oder auch gleich spezielle verschiedene Klagen die nämliche Wirkung haben, weil verschiedene Geschäfte zufällig mehrere Rechtsvorschriften miteinander gemein haben, kann aber blos deßhalb ebensowenig von einem gemischten Institut geredet werden, als wenn

B) in einen Vertrag naturalia eines anderen aufgenommen seyn sollten, mit anderen Worten, wenn in einem Vertrag durch Nebenberedungen solche Bestimmungen getroffen worden sind, die bei einem anderen Vertrage durch gesetzliche Vorschrift sanctionirt sind. Dies sind Hauptverträge *cum pactis adjectis* und wenn

Digitized by Google

man alle Verträge cum pacto adjecto für gemischte erklären wollte, so würden am Ende wenig reine Institute mehr übrig bleiben.

Die Regeln für die Beurtheilung sind dabei sehr leicht: die Grundsätze des Hauptvertrags leiden vollkommene Anwendung, und die aus den gesetzlichen Vorschriften eines anderen Geschäfts durch Verabredung herübergenommenen Bestimmungen sind nur als Verabredungen einzuhalten, ohne daß nun deshalb noch weitere Rechtssätze aus dem Geschäft, woraus die ersteren entlehnt zu seyn scheinen, herübergezogen werden könnten.

§. 14.

Etwas sonderbar und gekünstelt muß es Einem allerdings vorkommen daß da, wo die wesentlichen Merkmale der Societät sonst vollständig verabredet sind, und nur die bestimmte Erklärung, daß man einem gemeinschaftlichen Fonds zusammenbringen wolle, und die Benennung mit ihrem eigenthümlichen Namen fehlt, nur eine Beimischung aus derselben zu einem anderen Geschäfte angenommen wird. Im Gegentheil wird man argumentiren: es ist nichts natürlicher, als sich die Theilpacht und insbesondere die halbtheilige Viehverstellung, wenn der Versteller den ganzen Viehbestand hergibt, als Societät zu denken. Der Versteller wirft seiner Seits das Kapital, welches hier in Vieh besteht, in die Gesellschaft ein, und der Einsteller gibt theils Sachen durch Einstellung, Futter und Streue, theils aber auch Dienste in die Gemeinschaft. Beides zusammen bildet den gemeinsamen Fonds zum gemeinschaftlichen Gewinn, und es liegt daher nichts näher, als, da der Versteller das Hauptkapital hergiebt, an eine Commandite zu denken. Ob die Contrahenten gesagt haben, daß diese Bestandtheile einen gemeinschaftlichen Fonds bilden sollen, und ob sie ihr Geschäft ausdrücklich für eine Societät erklärt haben, ist gleichgiltig, weil man ja auch sonst darauf nicht sieht, wenn nur die inneren wesentlichen Merkmale vorhanden sind. Dafür ließe sich weiter anführen, daß der italienische Ausdruck socida nichts weiter als eine Gesellschaft bedeutet, daß in den *Coutumes de Beaujolais* [2]) das Geschäft als Commandite bezeichnet wird, und daß die Schriftsteller, welche ein gemischtes Geschäft annehmen, am Ende selbst bekennen müssen,

2) Vgl. darüber: Dufour l. c. Tom. 3. pag. 246.

Digitized by Google

daß es sich besser unter die Gesellschaften subsumiren lasse [2]). Dieser Argumentation muß man Gerechtigkeit wiederfahren lassen, und es dürfte sich in legislativer Hinsicht, wobei auf möglichste Vereinfachung der Geschäfte vor allen Dingen das größte Augenmerk zu richten ist, sehr empfehlen, sowohl die Theilpacht als die halbtheilige Viehverstellung der Societät beizuzählen. Allein vom Standpunkt des römischen und deutschen Rechts aus, und nach den Absichten der Contrahenten läßt es sich sehr wohl erklären, wie man dabei auf ein gemischtes Institut gekommen ist. Was zunächst

1) die Absichten der Contrahenten anbelangt, so ist, abgesehen von Eigenthum übertragenden Geschäften der Pachtvertrag bei Landgütern und Vieh bei weitem der gewöhnlichste. Wenn nun Jemand sein Gut oder sein Vieh gegen einen Geldzins überlassen hat, es aber unter Umständen nachher für vortheilhafter erachtet, sich einen Theil der Früchte statt des Pachtzinses auszubedingen, so denkt er und sein Mitkontrahent schwerlich daran, daß dadurch die Natur des Vertrags geändert werde. Der Antheil an Früchten ist in ihren Augen Surrogat des Geldes, und wenn man sie nach ihren Begriffen von Pacht und Societät darum befragen würde, was sie denn eigentlich beabsichtigt hätten, so würde ohne Zweifel die Antwort meist dahin ausfallen, daß sie an einen Pachtvertrag gedacht hätten. Die Vorstellung aber, sich den Antheil am Fruchtertrag als Surrogat des Pachtgeldes zu denken, konnte und mußte sehr leicht herrschend werden, weil man, um seinen Vortheil zu berechnen, und eine Vergleichung zwischen dem Gewinn an Pachtgeld und an Früchten anzustellen immer wieder auf die Berechnung in Geld zurückgeführt werden mußte, und so immer das Pachtgeld die vorherrschende Rolle spielt. Ist es aber bei Verträgen die erste und wichtigste Aufgabe der Gesetzgebung, sich in die Ansichten der Contrahenten hinein zu denken, und nur das in ihrem Sinne durch gesetzliche Bestimmungen zu ergänzen, was sie selbst ausdrücklich erklärt haben würden, wenn sie bei größerer Gewandtheit an

---

2) So sagt Brauer: Erläuterungen Thl. 3. S. 623. „Die einfache Viehverstellung ist ein gemischtes Rechtsgeschäft, das aus Gesellschafts- und Bestandvertrag zusammengesetzt ist, und das man deswegen ebensowohl, vielleicht noch schicklicher unter die Gattungen besonderer Gesellschaften zählen möchte."


Digitized by Google

Alles gedacht hätten, so ist es den Gesetzen nicht zu verargen, wenn sie auf diese Idee eingiengen.

Bei der Viehverstellung sind es aber überdies noch immer einige besondere Umstände, welche an einen Pachtvertrag erinnern müssen. Das Vieh trägt nämlich in Vergleichung mit Feldern mehrere Arten von Früchten und gewährt nebenbei auch noch Gebrauch. Wenn man daher bedenkt, daß der Einsteller neben dem Gebrauch immer auch noch Milch und Dünger allein bekömmt, so bleibt die Ansicht, daß die Sache blos zum Gebrauch und zur Benützung überlassen sey, und somit denn auch die Vorstellung von einem Bestandvertrag die vorherrschende. Die Theilung eines Theils der Frucht, nämlich der Nachzucht und Wolle, bildet den secundären Gesichtspunkt, welcher nicht so leicht auf den Gedanken bringen konnte, daß eine reine Societät vorliege, sondern höchstens die Wirkung hatte, daß man sich auch eine Beimischung von der Societät zu dem vorhandenen Pachtvertrage dachte.

Ein weiterer Umstand, sich die Pacht wenigstens als vorherrschend zu denken kann wohl mit Grund darin gefunden werden, daß sich bei einer Societät immer die Vorstellung in den Vordergrund drängt, daß alle Gesellschafter die zur Erzielung des gemeinschaftlichen Gewinns nöthigen Kosten gemeinschaftlich tragen. Bei der Viehverstellung hat aber der Einsteller die Wartungs- und Fütterungskosten immer allein zu bestreiten, und dies mußte wieder an den Bestand erinnern, wobei es eben so gehalten wird. Von diesen und ähnlichen Reflexionen sind schon

2) die Römer ausgegangen, und es ist daher auch nicht zu verwundern, wenn sie bei der Beschreibung der Theilpacht die Ausdrücke locare u. s. w. gebrauchten, und sich in dessen Folge auch den Pachtvertrag als vorwaltend dachten. So sagt der jüngere Plinius [3]) nachdem er sich darüber beschwert hat, wie er längere Jahre seine Landgüter mit Nachtheil verpachtet habe:

> „Medendi una ratio, si non nummo sed *partibus locem*, ac deinde ex meis aliquos exactores operi custodes fructibus ponam: et alioqui nullum justius genus est redditus, quam quod terra, coelum, annus refert [4])."

3) Lib. 9. Epist. 37.

4) Vergl. überhaupt Glück: Erläuterungen Thl. 17. S. 1049.

Digitized by Google

diese Ansicht zu nähren, und in die praktische Jurisprudenz einzuführen, hatten auch die römischen Juristen allen Grund, belehrt durch die Erfahrung, daß die Gesellschaften nicht selten die unheilbringendsten Processe zur Folge haben. Freilich konnte dadurch den Processen nicht gesteuert, aber doch der unangenehme Gedanke vorläufig einigermaßen beseitiget werden. Dazu kömmt noch, daß das römische Recht gerade aus dem angegebenen Grunde die Societäten nicht begünstigte, und deshalb allerlei wohlgemeinte, aber dem Zweck den Processen vorzubeugen doch nicht entsprechende Vorschriften über die Aufhebung der Societät durch einseitiges Zurücktreten u. s. w. eingestreut hat, welche man als unpassend gerne zu umgehen wünschte. Die Juristen haben hier den auch sonst sehr gewöhnlichen Kunstgriff angewandt, um über unpassende Gesetze dadurch wegzukommen, daß sie das Geschäft unter eine andere Art zu subsumiren wußten.

3) Nach deutschem Recht unterliegt es endlich gar keinem Zweifel, daß man die Viehverstellung wenigstens in der Hauptsache im Zweifel immer dem Pachtvertrage beizuzählen habe, da alle unsere Gesetze meistens von einem in Bestand geben, in Bestand nehmen, Beständern u. s. w. reden, weshalb auch unsere Germanisten gewohnt sind, das ganze Institut als eine Art Pacht zu betrachten und unter diesem Titel abzuhandeln [5]. Ebenso führt auch der *Code civil* sein cheptel als *bail* unter dem contrat de louage auf, dem auch das badische Landrecht Buch 3. Kap. 4 folgt [6], sowie auch das englische Recht das *„agistement“* wodurch die Viehverstellung bezeichnet wird, zum *bailment* [7]) rechnet. Wenn man genau systematisch zu Werke gehen will, so muß man freilich die Viehverstellung entweder als ein besonderes Institut unter den Verträgen aufführen, oder man hat sie bei jeder Vertragsart, in welche sie übergehen kann, besonders abzuhandeln.

Das Endresultat dieser Untersuchung ist demnach, daß man

---

5) So z. B. Weishaar, württemb. Privatrecht Thl. 3. §. 1120. 1122. Mittermaier, deutsches Privatrecht 2te Abtheilung §. 293. Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatrechts 2te Abth. §. 341.

6) Brauer, Erläuterungen über den Code Napoleon Bd. 3. S. 623—24.

7) Vergl. Blackstone, Commentaries Vol. 3. p. 451 (der Ausgabe London 1811) und desselben Handbuch des engl. Rechts von John Gifford, übersetzt von Coldiz, Schleswig 1822, Bd. 1. S. 470.

Digitized by Google

im Zweifel die Viehverstellung als Pachtvertrag zu behandeln, und wenn sich bestimmte Merkmale der Societät vorfinden, als contractus socidae, d. h. als einen aus Pacht und Societät gemischten Vertrag anzusehen, und nur dann, wenn die Absicht der Contrahenten ganz unzweifelhaft auf Societät gerichtet ist, deren Vorhandenseyn anzunehmen habe.

## B. Arten.

### I. Die Viehverstellung als Bestandvertrag.

#### §. 15.

#### 1) Natur des Vertrags.

Nach diesen Prämissen werden sich alle obigen Formen der Viehverstellung ohne große Schwierigkeiten classificiren lassen. Ist im concreten Falle reine locatio conductio vorhanden, so muß man die generelle Benennung Viehbestand, welche sowohl den Mieth- als den Pacht-Vertrag unter sich begreift [1]), für die passendste erklären. Will man aber das Geschäft noch genauer bezeichnen, so wird der Ausdruck und die Analogie der Pacht wohl richtiger seyn, als die der Miethe, weil neben dem Gebrauch immer auch ein, wiewohl zuweilen nur geringer Fruchtgenuß beabsichtigt wird [2]).

Dem Bestandvertrag gehören nun folgende Formen an:

1) wenn für den Gebrauch oder Genuß des verstellten Viehes vom Einsteller ein Pachtzins in Geld (Bestandgeld) versprochen worden ist. Dahin gehören die Fälle in §. 4 a. E. u. §. 5. Nr. 1.

2) Wenn neben dem Pachtzins in Geld noch Naturalleistungen irgend einer Art ausbedungen werden (§. 5. Nr. 3 u. 4).

3) Wenn der Einsteller als Hirte seine Dienste vermiethet, und

---

1) Vergl. Maurenbrecher a. a. O. §. 339.

2) *Arg. L. 37 D. de acquir. vel amittenda possess.* (41. 2). Preuß. Landrecht Thl. 1. Tit. 21. § 259. „Eine Sache heißt verpachtet, wenn dieselbe Jemanden gegen einen bestimmten Zins nicht nur zum Gebrauche, sondern auch zur Nutzung überlassen worden." Anders bestimmt den Unterschied das Oesterreich. Gesetzbuch §. 1091. „Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt, ein Miethvertrag, wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benutzt werden kann, ein Pachtvertrag genannt".



Digitized by Google

den eingestellten Viehbestand eine gewisse Zeit lang zu besorgen verspricht. Dahin gehört der Fall §. 2. Nr. 1. Der Hirte wird hier als Locator operarum und conductor operis angesehen, wie sich aus der schon oben citirten *L.* 9. §. 4 und 5. *D. locat. cond.* (19. 2) auf das Bestimmteste ergibt, wo von ihm gesagt wird: »quippe ut artifex conduxit.«

4) Wenn Muttervieh bei einem Anderen gegen Geld eingestellt und mit auf dessen Waide getrieben wird, um von seinem Fasselvieh befruchtet zu werden (§. 4. Nr. 3. §. 6. Nr. 3). Jedoch kann nach der Beschaffenheit der Gegenleistung, wenn sie nämlich nicht in Geld, sondern in anderen Sachen besteht, dieses Geschäft auch in einen anderen Vertrag übergehen [3]).

5) Wenn statt des Geldzinses ein nach der Quantität (nicht blos nach einer Quote) bestimmter Antheil von den Früchten des Melkviehes, z. B. eine Anzahl von Käsen, ein bestimmtes Gewicht an Butter u. s. w., ausbedungen wird, wie dieß in den §. 3. Not. 2. und §. 4. Nr. 8 erwähnten Fällen geschehen ist. Daß die dort aufgeführten und ähnliche Verabredungen dem Bestandvertrag angehören, unterliegt nach dem, was im §. 12 zu Not. 3 ausgeführt wurde, keinem Anstande, wohl aber kann Zweifel darüber entstehen, ob, wenn statt des Pachtzinses in Geld das jährliche Milchkalb ausbedungen wird (§. 5. Nr. 2. §. 6. D) noch Pacht angenommen werden könne. Unsere deutschen Gesetze reden auch in diesem Falle von einem Bestande [4]), und dahin neigen sich auch die deutschen Schriftsteller [5]). Diese Art der Verstellung vom Melkvieh war in Deutschland sehr gewöhnlich und man könnte sie daher eher bei uns die eigentliche oder gewöhnliche Viehverstellung nennen, während

---

3) Chassenaeus l. c. Rubr. 4. §. 23. Nr. 58.

4) Würt. Generalresc. v. 14. März 1642 (bei Reyscher, Sammlung, V. S. 420): „daß der Beständer das gewohnliche drey oder vier wöchige Milchkalb gebe". Unbestimmter drückt sich das badische Edict vom 29. Octbr. 1725 aus (bei Gerstlacher, Sammlung der Bad. Verordnungen Bd. 3. S. 236. 237.): „daß der Versteller von einer also verstellenden Kuh, das Kalb, so sie bringt, nehmen darf".

5) Brauer: Erläuterungen Bd. 3. S. 631 nennt sie einen reinen „Viehbestand".

sie im französischen Recht als die uneigentliche aufgeführt wird. Freilich war und ist sie in Frankreich am wenigsten im Gebrauch [6]), weßhalb sie auch vom *Code civil* mit einem Artikel abgefertigt wird. Der Grund, warum man sie als uneigentliche Viehverstellung ansieht, liegt aber ohne Zweifel darin, weil die französische Doctrin dieses Geschäft als Innominatcontract betrachtet. So sagt *Pothier* [7]), es sey kein Bestandvertrag, weil es dabei wesentlich sey, daß der Pachtzins in Geld oder in einer Quote der Früchte der in Bestand gegebenen Sache bestehe. Beim Lichte betrachtet besteht aber allerdings der Pachtzins in einem Antheil, und zwar in einem bestimmten Antheil an den Früchten. Denn die ganze Frucht des Melkviehes besteht in Dünger, Milch und den jungen Thieren. Wenn sich nun der Versteller das jährliche Milchkalb ausbedingt, so hält er sich statt des Pachtzinses einen Antheil an der Frucht der in Bestand gegebenen Sache aus, und es ist daher dieser Fall in nichts von dem verschieden, wenn er sich eine bestimmte Anzahl von Käsen ausbedingt, oder von dem bereits oben (§. 12) erwähnten Falle der L. 21. C. de locat., wenn sich der Verpächter eines Olivenwaldes statt des Pachtgeldes eine certa ponderatio olei aushält. Der ganze Unterschied von diesem ausdrücklich und im Gegensatz zum Innominatcontract für einen Pachtvertrag erklärten Fall, der aber keine rechtliche Verschiedenheit begründen kann, besteht darin, daß statt einer Quantität von derselben Frucht, eine andere Fruchtart der verpachteten Sache ausbedungen wird, weil diese zufällig so geeigenschaftet ist, daß sie Früchte mehrerer Arten trägt. Aus diesen Gründen ist es wohl gewiß richtiger, das fragliche Geschäft dem Bestandvertrage beizuzählen [8]).

---

6) Doch bemerkt Pothier l. c. Nr. 71 daß sie in Orleans sehr häufig sey, neben welchem Merlin: mot cheptel §. 5 noch Lothringen nennt.

7) A. a. O. Nr. 71. In demselben Sinn erklärt sich Merlin: repertoire mot cheptel §. 5.

8) Die Unrichtigkeit der Behauptung der franz. Schriftsteller ergibt sich unter Anderem auch am deutlichsten daraus, daß sie sich in die Nothwendigkeit versetzt sehen, ungeachtet des behaupteten Innominatcontractes überall die Analogie der Pacht hereinzuziehen. Vergl. z. B. Pothier l. c. Nr. 73.



Digitized by Google

## §. 16.

### 2) Rechts-Grundsätze.

Hat in den vorgenannten und ähnlichen Fällen die Viehverstellung rein den Charakter des Bestandvertrags, so kommen auch die gemeinrechtlichen Grundsätze von der Pacht vollständig zur Anwendung. Dem Zwecke der vorliegenden Abhandlung gemäß sind jedoch hier nur diejenigen besonders hervorzuheben, welche häufig zur Anwendung kommen, eigenthümliche Schwierigkeiten darbieten, oder durch particularrechtliche Bestimmungen abgeändert oder modificirt worden sind. Dahin gehören hauptsächlich folgende:

1) für den Geldzins ist nicht selten ein *Maximum* bestimmt, welches daher der Versteller nicht überschreiten darf, ohne sich den gesetzlichen Nachtheilen auszusetzen [1]). Außer diesem hat

2) der Versteller beim Melkvieh die Verbindlichkeit, den Einsteller im vollen Genuß des Düngers und der Milch, soweit letztere nicht auf das ausbedungene Kalb verwendet werden muß, zu belassen, wogegen der Einsteller seiner Seits die Wartung zu besorgen und Futter und Streue anzuschaffen hat. Insbesondere muß aber der Versteller das Kalb zu rechter Zeit annehmen, damit es nicht dem Einsteller zu lange in der Fütterung bleibe. Als allgemeine, auf der Natur der Sache ruhende, Gewohnheit wird man, wenn nichts Besonderes verabredet ist [2]), das Alter des Kalbes von vier Wochen annehmen können [3]), weil es dann, von der Mutter entwöhnt,

1) Das badische Edict vom 29. Octbr. 1725 (bei Gerstlacher, Sammlung der badischen Verordnungen, Bd. 3. S. 236. 37) läßt einen jährlichen Milchzins, höchstens von 4 Gulden passiren und das Edict vom 23. Jänner 1747 (bei Gerstlacher S. 280) setzt ihn auf 3 Gulden herab. Derartige Bestimmungen sind jedoch nicht als für alle Zeiten bindend zu betrachten. Vielmehr richtet sich Alles nach den jeweiligen Viehpreisen 2c. und den landesgesetzlichen Bestimmungen über Wucher. Vergl. §. 10. Not. 3.

2) Badisches Landrecht Art. 1831. e. „Die Zeit der Einstellung kann willkürlich bedungen werden, wo die Jungen nicht theilbar werden". Merlin: Repertoire, mot cheptel §. 5. „on stipule quelque fois par la convention, que le veau sera allaité pendant cinq ou six semaines".

3) Diesen Zeitpunkt nehmen alle Gesetze und Gewohnheiten als den längsten an.

Digitized by Google

zum Schlachten oder Aufziehen bereits gut verkauft werden kann. Mit dieser Zeit hat daher die Verbindlichkeit des Einstellers zur Leistung den Anfang genommen, und er muß deßhalb dem Versteller, um ihn in mora zu versetzen, die Anzeige machen, wogegen dieser dann, wenn er bei der Annahme säumig ist, alle nachtheiligen Folgen der mora leiden, und so namentlich dem Einsteller die weiteren Fütterungskosten vergüten muß. Ein Auskunftsmittel kann jedoch, wenn sich beide Contrahenten dahin vereinigen können, dadurch getroffen werden, daß bei längerem Stehenlassen diese Art der Viehverstellung in die halbtheilige verwandelt und so dem Einsteller, wenn er damit zufrieden ist, statt des Futtergeldes die Hälfte an dem Jungen überlassen wird [4]). Die Gefahr des Vertragens, und die Zufälle, die dem bereits gebornen Kalbe begegnen können, hat aber auch **vor** der mora der Versteller allein zu tragen. Denn nach der schon oft gedachten *L.* 25. §. 6. *D. Locat. conduct.* (vergl. §. 18. b) hat ja der Verpächter einen so großen Antheil am zufälligen Schaden, der die Frucht trifft, zu leiden, als sein Fruchtantheil beträgt. Wenn nun die einzelnen Fruchtantheile gleich zum Voraus nicht blos nach einer Quote, sondern nach einem Quantum bestimmt sind, so hat auch jeder den Verlust zu tragen, der seinem Quantum zustößt. Deßhalb hat der Versteller die Zufälle, die seinem Kalbe begegnen, eben so wohl zu leiden, als der Einsteller die seinem Fruchtantheil zustoßenden Unglücksfälle, z. B. durch Verminderung der Milch, ohne Ersatzansprüche allein zu tragen hat [5]). Uebrigens versteht es

4) **Württemb. Generalrescr.** v. 22. Febr. 1620 (bei Reyscher, V. S. 367. 368). „Da der Verleyher das gefallene Kalb nicht angenommen, sonder gleichermassen dem Beständer so lang im Stall gelassen, biß es sich entweder selbander oder selb dritt befunden, alsdann die Theilung ererst zwischen ihnen beeden solcher Kälber halb vorgenommen worden".

5) Von dieser richtigen Ansicht geht auch das **württ. Generalrescr.** vom 22. Febr. 1620 (Reyscher, V. S. 367) aus, indem es bestimmt: „daferr die Kuh vertragen, oder das Kalb vor einliferung desselben abgehen solte, daß der Beständer (im fall er hieran nicht schuld trägt, noch am Vihe was versaumbt), wegen deß abgangnen Kalbs dem Verleyher einige ergetzlichkeit zuthun nicht schuldig seyn solle." Zum Nachtheil des Einstellers und wider die aufgestellten Grundsätze hat aber das **Generalrescr.** vom 14. März 1642 (Rey-

Digitized by Google

sich von selbst, daß er auch wegen des durch seine Schuld verursachten Untergangs oder der Verschlechterung zum Schadenersatz verpflichtet ist, weil er als Beständer culpa levis in concreto prästiren muß.

3) Wenn über die Dauer des Vertrags eine Verabredung getroffen ist, so kann natürlich der Versteller vor Ablauf dieser Zeit sein Vieh nicht zurücknehmen, außer wenn der Einsteller erweislich übel damit umgeht [6]. Ist über die Dauer nichts ausgemacht, so ermangeln wir einer gesetzlichen Bestimmung, der Grund von der stillschweigenden Relocation bei verpachteten Landgütern, gibt aber die Regel an die Hand, daß der Versteller die Kuh rc. nicht eher zurücknehmen darf, bis der Einsteller einen seinem Aufwand angemessenen Gewinn an Dünger und Milch gemacht hat. Da sich nun aber Vortheil und Aufwand, wenn die Kühe gehörig Milch geben, jeder Zeit ausgleichen wird, so erhalten wir die Regel: der Versteller kann zu jeder angemessenen Zeit (tempore opportuno) sein Vieh zurücknehmen, nur nicht zur Unzeit. Für unzeitig würde aber die Zurücknahme erklärt werden müssen, wenn sie

a) unmittelbar nach der Abgabe des vierwöchigen Milchkalbs erfolgte, weil die Kühe vor dem Werfen in der Regel einige Wochen ohne Milch sind, und weil während der Zeit, wo das Kalb gesäugt werden muß, der Einsteller wenig oder nichts von der Milch erhalten kann. Man wird daher zufolge des aufgestellten Grundsatzes behaupten müssen, daß der Versteller verbunden sey, dem Einsteller die Kuh noch so lange mit der Milch zu lassen, als er sie ohne die Milch ernährte [7].

---

scher, V. S. 418—20) die Gefahr der Kuh und des Kalbes halbtheilig gemacht, und zwar gegen alle Billigkeit, weil der Einsteller keine Belohnung für seine Risico erhält, wie er solche bei der halbtheiligen Viehverstellung hat.

6) *Arg. L.* 25. §. 3. *D. Loc. cond.* (19. 2).

7) Württ. Generalrescr. vom 12. Febr. 1620 (Reyscher, V. S. 368): „Wann auch in dergleichen Vihverstellungen etwa solche Beding fürgangen, daß dem Beständer die Kuh so lang mit dem Nutzen gelassen werden solle, als er selbige ohne den Nutzen gehabt, So lassen wir solchen Contract, (weil es der Billigkeit nicht ungemäß) auch fürter in Gnaden zu". Auch ohne besonderen Contract erfordert dies Recht und Billigkeit!

Digitized by Google

b) Unzeitig wäre die Zurücknahme weiter zu nennen, wenn der Versteller kurz vor dem Winter eingestellt hätte, und seine Kuh im Frühjahr, wo es frisches Futter und Waide gibt, zurücknehmen wollte, theils weil die Erhaltung des Viehes im Winter am kostspieligsten ist, theils aber auch, weil des Winters bei gedörrtem Futter weniger und schlechtere Milch gewonnen wird, als im Frühjahre und im Sommer bei grünem Futter.

Dagegen darf auch der Einsteller wegen der Wechselseitigkeit der Interessen das Stellvieh nicht zur Unzeit zurückgeben. Unzeitig würde aber die Rückgabe seyn, wenn sie

c) gerade vor der Zeit des Kalbens geschehen wollte, weil auf dem Milchgenuß des Einstellers die Verbindlichkeit ruht, das Kalb bis dahin, wo es der Versteller annehmen muß, säugen zu lassen und zu ernähren, und weil sich deßhalb dadurch der Einsteller der Pflicht entledigen würde, die Kuh ohne den Milchgenuß zu ernähren, so lange das Kalb gesäugt werden muß. So wenig sich daher sonst Jemand durch eine willkührliche Handlung einseitig einer Verbindlichkeit entledigen kann, so wenig kann dieß auch der Einsteller. Unzeitig würde endlich

d) die Rückgabe dann seyn, wenn der Einsteller das Vieh im Frühjahr erhalten hätte, und es nun mit Anfang des Winters zurückstellen wollte. In allen diesen Fällen hat der Richter, wenn sich die Parthieen nicht nachträglich über die Zeit in der Güte vereinigen können, nach dem angegebenen Maßstab ex aequo et bono die Dauer der Verstellung zu bestimmen.

4) Der Einsteller hat zwar

a) wegen seines Vortheils aus dem Geschäft *culpa levis* zu prästiren, und deßhalb dem Versteller allen durch seine oder der Seinigen positive oder negative Schuld verursachten Schaden zu ersetzen, aber nicht für den Zufall des eingestellten Viehes zu haften, weil sich solches im Eigenthum des Verstellers befindet. Der Vertrag, oder die gesetzliche Bestimmung, kraft welcher er die Hälfte oder gar die ganze Gefahr des eingestellten Viehes übernehmen soll, ist hier im höchsten Grade unbillig, weil er für seine Versicherung keine Prämie, nämlich keinen Antheil an der Nachzucht erhält [8]).

---

8) Vergl. Not. 5 und das dort citirte Württ. Generalrescr. v. 22. Febr. 1620, welches nach den oben angeführten Worten so

Vermöge eben dieser Verbindlichkeit zur Prästation der culpa levis hat aber der Einsteller die Pflicht, den Versteller von etwaigen Zufällen, z. B. einer Krankheit des eingestellten Viehes zeitig zu benachrichtigen, damit dieser es durch thierärztliche Hülfe curiren lassen kann. Eben so hat er seine Wartung und Fütterung, ungeachtet des verringerten Genusses durch theilweisen Abgang der Milch, fortzusetzen, weil er ja die seinen Fruchtantheil treffenden Zufälle auf sich zu leiden hat. Wegen außerordentlicher Wartungskosten und Auslagen für Medicamente u. s. w. kann er aber vom Versteller Vergütung fordern, weil diese die Folge von Zufällen sind, die der Versteller zu tragen hat, und wenn das eingestellte Melkvieh von einer habituellen Krankheit befallen werden sollte, die ihm für immer die Milch raubt, so kann er es auch vor Ablauf der ausbedungenen Zeit zurückgeben [9]), weil sich Mieth- und Pachtverträge überhaupt durch Unbrauchbarkeit und Nutzlosigkeit des Objekts auflösen [10]). Dagegen hat der Einsteller auch

b) um seine schuldige Leistung durch Abgabe des Kalbes erfüllen zu können, das eingestellte Vieh zur Brunstzeit bespringen zu lassen, und die desfallsigen Kosten zu tragen [11]).

Unbilliges enthält übrigens der Vertrag an sich nichts, weil der Einsteller durch Milch, Dünger und etwaige Arbeit, für seine Einstellung, Wartung und die Leistung des Futters und der Streue genugsam belohnt ist. Wucherlich wird daher das Geschäft erst dadurch, daß der Versteller dem Einsteller ohne Belohnung die Gefahr des gestellten Viehes oder der Nachzucht aufzubürden trachtet, oder daß er ihm das Kalb über die Zeit stehen läßt, mithin erst durch unbillige pacta adjecta oder durch einseitige widerrechtliche Handlungen.

---

fortfährt: „daferr die Kuh selbsten abgehen solte, daß der Beständer (im fall er hieran nicht schuld trägt, noch am Vihe was versaumbt) — der abgangnen Kuh halber, das geringste zuerstatten nicht schuldig seyn solle."

9) Pothier l. c. Nr. 75. Merlin, Repertoire mot cheptel §. 5.

10) *D'Avezan de Locat. et conduct.* §. *ult.* (in *Meerm.* Thes. Tom. 4. pag. 103.) Brummer, de Locat. et conduct. Cap. 5. §. 3. (in opusc. pag. 437), Voet, Comment. ad Pand. h. t. §. 23. Glück, Commentar Bd. 17. §. 1058.

11) Pothier l. c. Nr. 74.

Digitized by Google

## II. Die Viehverstellung als aus Bestand und Societät gemischter Vertrag.

(Theilvieh, Halbvieh, contractus socidae.)

### §. 17.

#### 1) Natur des Vertrags.

Hat der Viehversteller das Stellvieh allein hergegeben, und das Miteigenthum daran nicht zur Hälfte auf den Einsteller übertragen, ist auch der Nutzen daraus und die vom Einsteller zu leistenden Kosten und Dienste nicht bestimmt zum Objekt einer Societät gemacht, dessen ungeachtet aber vom Versteller ein aliquoter Theil des Fruchtertrags, z. B. der Nachzucht, ausbedungen, so ist ein aus Pacht und Societät gemischtes Geschäft vorhanden.

Der Umfang, den dabei die Societät einnimmt, kann von doppelter Art seyn. Entweder behält der Versteller das von ihm eingestellte Vieh ganz in seinem Eigenthum, und gibt blos die Nachzucht und beziehungsweise die Wolle in die Gemeinschaft. Dann erstreckt sich die Societät nicht auf das Stammvieh. Oder aber es ist seine Absicht auch darauf gerichtet, die Werthserhöhung des eingestellten Viehes selbst in die Gemeinschaft einzuwerfen. Dann ist das Vieh bis zur Taxations-Summe als verpachtet zu betrachten; mit dem Ueberschuß aber gehört es der Societät an.

Zu diesem gemischten Geschäft als contractus socidae gehören folgende Formen:

1) Die im §. 2. Nro. 4 gedachte des römischen Rechts.

2) Im Zweifel die Fälle des §. 3. Note 1. 2. und 3., wobei nur zu bemerken ist, daß aus den Ausdrücken in socium dare etc. nicht unbedingt auf eine reine Societät wird geschlossen werden können, da diese Ausdrücke sehr wohl auch das vorliegende gemischte Geschäft bezeichnen können; ferner die Fälle §. 4. Nr. 7. u. §. 5. Nro. 5, wobei rücksichtlich der hier gebrauchten Ausdrücke: Theil- und Halbvieh das bereits Bemerkte zu wiederholen ist. Ferner der Fall des §. 6. Nro. 5. und überhaupt die einfache Viehverstellung des Code civil (§. 6. A.), wobei zu bemerken ist, daß nach französischem Recht die Werthserhöhung des eingestellten Viehes selbst immer in die Gemeinschaft fällt, weil es bei Eingehung des Vertrags taxirt und nach dem Werth der ersten Schätzung zurückgegeben wer-

Digitized by Google

den muß (§. 9. Note 5), wornach denn der Ueberschuß in der Gemeinschaft bleibt.

Vortheil und Last erscheinen bei diesem Geschäft auf folgende Weise vertheilt. Der Versteller gibt den ganzen Viehbestand her, der Einsteller erhält davon den ganzen Gebrauch und vom Nutzen, Milch und Dünger allein, hat dafür aber auch die Wartung, so wie Stallung, Futter und Streu allein zu besorgen. Diese Vortheile und Kosten des Einstellers können wenigstens beim Rindvieh als sich compensirend betrachtet werden, wie sie auch bei dem reinen Bestandvertrag als sich ausgleichend angesehen wurden. Von der Nachzucht bekömmt er die Hälfte dafür, daß er sie längere Zeit in seinem Futter hat, ohne anderweitige Vortheile außer dem Dünger, und für den Antheil an der Gefahr, die er am eingestellten Vieh selbst mit übernimmt. Aus dem Grunde, weil der Einsteller bei vorliegendem Institut immer eine Vergütung für übernommene Gefahr erhält, ist auch der geschehenen Taxation die Bedeutung beizulegen, daß dadurch das Schadensersatz-Quantum nicht blos für verschuldete, sondern auch für zufällige Vernichtung oder Verschlechterung des eingestellten Viehes habe bestimmt, und mithin dieselbe in dem Sinne des §. 11. Ziff. 3. Lit. c. habe genommen werden wollen. Da jedoch der Einsteller für seine doppelte Last durch Fütterung der Nachzucht und Uebernahme der Gefahr nur einfach belohnt wird, so ist, weil sonst Alles halbtheilig ist, auch nur die Hälfte der Gefahr des Stammviehes als übertragen anzunehmen, und da überdieß in der Taxation die stillschweigende Erklärung liegt, daß sich der Versteller auf alle Fälle mit der Taxations-Summe begnügen wolle, so muß man auch annehmen, daß der erhöhte Werth des Stammviehes in die Gemeinschaft falle. Der Unterschied der beiden dem contractus socidae angehörigen Fälle besteht daher darin, daß ohne Taxation das eingestellte Vieh im vollen Werth dem Versteller allein gehört, bei geschehener Taxation aber die Werthserhöhung mit in die Societät fällt, wie dieß auch im französischen Rechte sanctionirt ist.

Die Benennung: einfache Viehverstellung (chepte simple) hat das vorliegende Geschäft ohne Zweifel daher erhalten, weil der Versteller dabei das Vieh allein hergibt, und so der Vertrag im Gegensatz zu dem Fall, wenn beide Vieh zusammen bringen (cheptel à moitié), als einfach erscheint.

Digitized by Google

§. 18.

2) Rechts-Grundsätze.

A) Pflichten des Verstellers.

Auch bei dieser Art der Viehverstellung sind nur die schwierigeren Rechtsgrundsätze ausdrücklich auszuheben, jedoch macht es das eigenthümliche Mischungsverhältniß nothwendig ausführlicher, als bei den übrigen Arten zu Werke zu gehen.

A) Verbindlichkeiten des Verstellers.

Der Versteller hat die Verbindlichkeit dem Einsteller

1) den bedungenen Viehbestand zur verabredeten Zeit zu übertragen, und ihm die ganze Pachtzeit hindurch den ordnungsmäßigen Gebrauch und die gehörige Benutzung zu gestatten. Ist hier

a) über die Zeit eine besondere Verabredung getroffen, so hat es dabei sein Bewenden. Wenn solche aber versäumt worden ist, so haben wir gemeinrechtlich keine Bestimmung darüber, auf wie lange sie angenommen werden solle. Die alten französischen Gewohnheiten und die Gewohnheiten und Statute der Schweiz machten in dieser Hinsicht die bereits oben (§. 7) berührte Unterscheidung zwischen Groß- und Kleinvieh, und ließen bei ersterem die Pachtzeit fünf, bei letzterem aber nur drei Jahre dauern [1]. Die neuen französischen Gewohnheiten nehmen ohne Unterschied der Viehart drei Jahre an [2], und dieses Zeitmaaß hat auch der Code civil adoptirt [3]. Die deutschen Statute, welche eigentlich nur die herr-

---

1) Chassenaeus, *Consuetud. Burgund.* Rubr. 4. §. 23. Nr. 62.: Quando sine terra dantur animalia *grossioris* generis - ille qui accepit debet tenere per *quinque* annos, si nihil dictum est de tempore." Nr. 69.: „Sed quid dicemus super animalibus *minutis?* ille qui accepit, debet tenere per *tres* annos." Leu a. a. O. Thl. 3. S. 665. 666. (oben §. 4. Nro. 6).

2) *Coutumes de Berry* Chap. 17. Art. 1.: „En bail de bestes à chastel, ne peut le bailleur ou preneur exiguer: c'est á dire soy departir dudit chastel *de trois ans entièrs* pendant et durant lesquels est tenu le preneur nourir et entretenir les bestes a luy baillus à chastel."

3) *Code civil* Art. 1815.: S'il n'y a pas de temps fixé par la conventention pour la durée du cheptel, il est censé fait *pour trois ans.*" Bad. Landrecht S. 1815.

Digitized by Google

schenden Gewohnheiten in diesem Punkte referiren, nehmen die Wendung, die halbtheilige Viehverstellung solle dauern, bis das Vieh zu dritt steht [4]). Sollte wohl eine so auffallende Uebereinstimmung rein zufällig seyn? Schwerlich. Vielmehr muß man dadurch die Ueberzeugung gewinnen, daß dieser Zeitraum durch allgemeine auf der Natur der Sache ruhende Gewohnheit sanctionirt sey. Auf der Natur der Sache beruht diese Gewohnheit insofern, als erst in dieser Zeit ein namhafter, zur Theilung geeigneter Gewinn gemacht werden, und wenn das eingestellte Vieh, wie dieß die Regel mit sich bringt, jährlich einmal wirft, nun, wenn es zu dritt steht, am bequemsten eine Realtheilung vorgenommen werden kann, indem jedem Contrahenten die bereits ziemlich erwachsene Nachzucht eines Jahres zufällt.

Wenn mit dem Ablauf der verabredeten Zeit die Contrahenten nicht zur Theilung schreiten, so tritt eine stillschweigende Relocation ein, und zwar unter der früheren Bedingung nach Analogie der verpachteten Landgüter noch auf ein Jahr [5]).

b) Kraft der wechselseitigen Verbindlichkeit zur Prästation der culpa levis hat der Versteller das Recht vom Vertrage abzugehen, wenn der Einsteller übel mit dem Vieh umgeht [6]). Als ordnungswidriger Gebrauch kann jedoch z. B. das Anspannen der Kühe in Gegenden, wo dieß üblich ist, nicht betrachtet werden. Dagegen hat er auch die Verbindlichkeit, den beabsichtigten Gebrauch und Nutzen zu gewähren. Er darf daher, so lange der obige Grund nicht

4) Oben §. 5. Ziffer 5. Bad. Landrecht Art. 1831 d: „Die Zeit der Einstellung kann willkührlich bedungen werden, wo die Jungen nicht theilbar werden, wo diese Theilbarkeit eintritt, muß sie wenigstens dauern, bis das Vieh selb dritt steht."

5) Arg. *L.* 13. §. 11. *D. Loc. cond.* (19. 2) *L.* 16. *C. eod.* (4. 65). Vgl. oben §. 16. Ziff. 3. *Coutumes de Berry* Chap. 17. Art. 1.: „Et si dedans quinzaine il ne requeroit le bailleur de ce faire (scil. departir) sera tenu nourir les dites bestes jusques *à la S. Jean en suivant,*" wozu Dufour l. c. Tom. 3. pag. 254 die Bemerkung macht: „C'est sans doute pour *une année*, l'usage étant que les troupeaux commencent à cette époque à être parqués dans les champs."

6) Arg. *L.* 25. §. 3. *D. Loc. cond.* (19. 2). *Code civil* Art. 1806. col. Art. 1151.

Digitized by Google

eingetreten ist, weder das Vieh selbst vor der Zeit zurückziehen, noch die Entwährung durch einen Dritten geschehen lassen, widrigen Falls er zur vollen Entschädigung verbunden ist. Zur selbstigen Zurücknahme berechtigt ihn auch nicht die Behauptung, daß er es für sich nöthig habe, weil die Analogie von der Hausmiethe [7]) keine Anwendung leidet. Für die Eviction durch Dritte hat er nach den bekannten Grundsätzen einzustehn, wird jedoch dem Einsteller nur persönlich zur Leistung des Schadens und Interesses verbunden, wenn er fremdes Vieh verstellt hat, oder sein eigenes verstelltes Vieh während der Zeit verkauft, oder wenn es nach eingetretenem Concurse durch seine Gläubiger veräußert wird. Doch kann er das bei ihm eingestellte Vieh durch Afterpacht wieder an einen Anderen verstellen, wenn das Gegentheil nicht bedungen ist, und er die bestimmte Zeit nicht überschreitet [8]).

Das gestellte Vieh selbst kann der Einsteller nach dem Grundsatz: Kauf bricht Miethe, weder bei einem Verkauf durch den Versteller selbst, noch bei einer Versteigerung in dessen Concurse vindiciren, auch wenn die Werthserhöhung des eingestellten Viehes der Gemeinschaft überlassen ist, weil vor wiederholter Taxation gar nicht ausgemacht ist, ob ihm vermöge seines Antheils an der Werthserhöhung auch Eigenthumsrecht am eingestellten Vieh zustehe, und weil dieser Antheil jeden Falls im Verhältniß zum Antheil des Verstellers als unbedeutend erscheint. Persönliche Entschädigungs-Ansprüche hat er jedoch immer an den Letzteren, und wenn nach Landesgesetzen der Eintritt in das Vermögen eines Cridars als Universalsuccession betrachtet wird, so haben auch die Massegläubiger so gut wie der Versteller selbst, für die persönlichen Ansprüche einzustehen, und können ebenso zur Fortsetzung des Vertrags angehalten werden [9]). Anders verhält es sich mit der Nachzucht, weil daran der Einsteller einen ideellen hälftigen Eigenthums-Antheil, und somit auch Vindicationsrecht hat.

2) Der Versteller hat die etwaige Viehsteuer, in so weit sie vom Stammvieh erhoben wird, allein zu bezahlen, während die

---

7) *L.* 3. *C. h. t.* (4. 65).

8) *L.* 6. *C. h. t.* (4. 65).

9) Ueber die in Frankreich darüber herrschenden verschiedenen Ansichten vgl. Pothier l. c. Nr. 3. Merlin l. c. §. 1. Nr. 6.

auf der Nachzucht ruhenden Abgaben von beiden gemeinschaftlich nach Maasgabe ihres Antheils zu tragen sind [10]). Zwar könnte es scheinen, als ob der Einsteller alle auf der Nachzucht ruhenden Lasten allein zu tragen habe, weil ja nach den bekannten Grundsätzen vom Pachtvertrag der Verpächter daran nichts zu leiden hat. Allein bei dieser Frage müssen gerade wieder die Grundsätze der Societät zur Anwendung gebracht werden, weil sie unmittelbar mit der Gemeinschaft des Gewinnes und Verlustes zusammenhängt. Aus diesem Grunde muß dem Einsteller das Recht zustehn, wegen des abgegebenen Blutzehnten vom Versteller verhältnißmäßige Vergütung zu verlangen, oder bei der endlichen Vertheilung den für den Versteller geleisteten Antheil vorauszuverlangen.

## §. 19.

### B) Pflichten des Einstellers.

Der Einsteller hat die Pflicht

1) das Vieh einzustellen, zu warten, zu füttern und zu verwahren, wogegen er aber auch Arbeit, Dünger und Milch, in so weit letztere nicht zum Aufziehen der Jungen nöthig ist, voraus erhält [1]). Seine Verbindlichkeit besteht demnach in Hergeben des Futters und der Streue und im Leisten der zur Erhaltung und zur Erzielung des beabsichtigten Gewinnes nöthigen Dienste. Dadurch unterscheidet sich die Viehverstellung wieder vom reinen Pachtvertrag. Bei letzterem hat der Pächter das Recht, die gepachtete Sache zu gebrauchen und zu benutzen, im Uebrigen steht es bei ihm, ob er von diesem Recht Gebrauch machen will oder nicht, wenn er nur seinen Pachtzins bezahlt, und durch den Nichtgebrauch und die Nichtbenutzung dem verpachteten Gut selbst keinen Nachtheil zufügt [2]).

Wenn sich aber bei der Viehverstellung der Einsteller verpflichtet, dem Versteller Statt des Pachtzinses einen Theil der Frucht ab-

---

10) Badisches Edikt vom 29. Okt. 1725 (bei Gerstlacher, Sammlung der bad. Verordnungen Band III. S. 236), „daß nach der 26sten Claß unserer Pfundzoll-Ordnung der, so das Vieh annimmt, den Pfundzoll, welchen aber der Versteller ihme wieder zu ersetzen hat, entrichten soll."

1) *Code civil* Art. 1811.

2) Arg. *L.* 25. §. 3. *locat. cond.* (19. 2).

zutreten, so macht er sich damit auch verbindlich, das zu deren Erzielung Nöthige zu besorgen. Was daher beim Pächter als reines Recht erscheint, ist bei ihm zugleich Verbindlichkeit, und diese ist wieder eine Consequenz des der Societät entlehnten wesentlichen Merkmals [3]). Ist der Einsteller positiv zur Verwahrung des ihm anvertrauten Viehes verbunden, so kann er um so weniger

2) ohne Vorwissen und Einstimmung des Verstellers irgend ein Stück davon veräußern, oder sich etwas vom gemeinschaftlichen Gewinn einseitig anmaßen, was jedoch seinem Recht, über seinen ideellen Antheil zu disponiren, keinen Eintrag thut. Vom Stammvieh darf er nichts veräußern, weil ja daran der Versteller das alleinige, oder doch zum größten Theil das Miteigenthum hat, und von der Nachzucht nicht, weil der Versteller daran gleichfalls einen Eigenthums-Antheil hat, wie dieß auch Gebrauch und Gesetze ausdrücklich sanctionirt haben [4]). Selbst dann, wenn Alter oder sonstige Umstände bei einzelnen Stücken die Veräußerung dringend gebieten sollten, und sich gerade günstige Gelegenheit zum Verkauf darbieten würde, darf er die Veräußerung nicht einseitig vornehmen, wenn er nicht wegen des allenfallsigen Schadens verantwortlich werden will; wogegen er aber bei grundloser Verweigerung den Consens durch den Richter ergänzen lassen, oder den Versteller wegen des ihm daraus erwachsenen Schadens auf Ersatz belangen kann [5]), weil eine solche Renitenz offenbar dem gemeinschaftlichen Zwecke zuwiderläuft. Hat es

---

3) „Le preneur," sagt die *Coutume de Nivernois*, Chap. 21. Art. 2., „le prend en *garde* et en sa *charge,* pour le nourir, traiter, garder et gouverner à ses depens comme il fait ou devrait faire le sien propre."

4) *Coutume de Berry* Art 7: *„Les preneurs ne peuvent vendre* les bêtes par eux prinses, soit à cheptel, moitié ou autrement, si n'est du vouloir et consentement exprès du bailleur, et s'ils font le contraire, sont emendables envers justice, à la discrétion d'icelle, et sont aussi tenus aux maîtres en tous leurs dommages et interêts." *Code civil* Art. 1812: „Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau, soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur, qui ne peut lui-même en disposer sans le consentement du preneur." Bad. Landrecht eod. Art.

5) Pothier l. c. Nr. 36. Merlin l. c. §. 1. Nr. 9.

Digitized by Google

aber der Versteller dem Einsteller anheim gestellt, bei guter Gelegenheit die Veräußerung für sich allein vorzunehmen, so kann dieser als Mandatar von dem eingeräumten Rechte so lange Gebrauch machen, bis es widerrufen wird, ohne daß der Versteller bei schuldlos ungünstigem Verkauf Entschädigungs-Ansprüche erheben könnte [6]. So wie der Einsteller selbst von der gemeinschaftlichen Nachzucht nichts einseitig veräußern kann, so darf er sich auch sonst vor der Theilung nichts vom gemeinschaftlichen Gewinn aneignen, ja auch ohne selbstnützige Absichten nicht weiter über gemeinschaftlichen Gewinn disponiren, als es der Zweck der Verstellung: Wartung, Fütterung und Verwahrung erheischt. Deshalb darf er z. B. den Schaafen vor der Zeit der Schur keine Wolle abnehmen, ohne den Versteller vorher davon benachrichtigt, und dessen Einwilligung eingeholt zu haben [7], selbst wenn die Gesundheit der Schaafe eine vorzeitige Schur nothwendig machen sollte [8].

## §. 20.

### C) Vindikationsrecht des Verstellers.

Hat der Einsteller ein oder mehrere Stücke vom eingestellten Vieh einseitig veräußert, so hat der Versteller nicht blos eine persönliche Klage gegen den Veräußerer auf das Interesse, sondern er hat auch unzweifelhaft das Vindikationsrecht gegen den Käufer und jeden Dritten, weil sich dasselbe ja in seinem alleinigen oder doch zum größten Theil in seinem Miteigenthum befindet [1]. Eben so

6) Pothier und Merlin Note 5. cit.

7) *Coutume de Berry* Art. 5: „Le preneur des bêtes à cheptel, moitié ou autrement ne peut, *avant* le temps qu'elles doivent être tondues, *en tirer ou prendre* aucunement la laine, et attendra le temps qu'elles doivent être tondues; et après qu'elles seront tondues, partirant la laine egalement.“ *Code civil* Art. 1814: „Le preneur ne pourra tondre sans en prévenir le bailleur.“ Bad. Landrecht eod. Art.

8) *Coutume de Berry* Art. 6: „Toute fais, si en autre temps qu'à la saison qu'on a accoutumé tondre les bêtes, étoit besoin, pour la santé et entretenement des dites, leur ôter et prendre de la laine en aucune endroits, les dits preneurs le pourront faire, en le denonçant au bailleur.“

1) *Coutume de Berry* Art. 8: „Et pourra, au cas susdit (nämlich im

Digitized by Google

kann er nach den Grundsätzen von der communio, pro rata die veräußerten Stücke der Nachzucht vindiciren, wie die Kaiser Diocletian und Maximinian einem gewissen Eusebius in L. 3. C. de commun. rer. alienat. (4. 52) rescribiren:

„Falso tibi persuasum est, *communis praedii portionem* pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam *extraneo posse distrahi* [2])."

Hier scheinen die Coutumes mit dem gemeinen Recht in Widerspruch zu kommen, indem sie dem Versteller das Recht einräumen, auch die veräußerte gemeinschaftliche Nachzucht in solidum zu vindiciren [3]). Im Grunde ist dieß aber die der Natur der Sache angemessenste Ansicht. Denn beim dominium pro indiviso erstreckt sich vor der Abtheilung das Miteigenthum der Theilhaber auf jedes Atom der reellen Sache, und folglich muß auch jeder Miteigenthümer, abgesehen von der nachherigen Verbindlichkeit zur Abtheilung, die ganze gemeinschaftliche Sache zu vindiciren berechtigt seyn, weil ja in jedem kleinsten Theilchen auch wieder sein Antheil steckt. Man kann deshalb auch aus dieser Bestimmung nicht schließen, daß die Coutumes den Gesichtspunkt aufgefaßt hätten, wornach während bestehenden Geschäfts Stammvieh und Nachzucht als im alleinigen Eigenthum des Verstellers befindlich, betrachtet worden wären [4]), weil

---

Art. 7. vgl. §. 19. Note 4) le bailleur *poursuivre* les dites bêtes, et les faire arrêter sur l'acheteur; et lui seront delivrées par provision, en baillant caution, en faisant par lui apparoir sommairement qu'elles lui appartiennent. Et neanmoins l'acheteur, s'il est trouvé qu'il sût que les dites bêtes eussent été baillées à cheptel à celui qui les lui aura vendues, sera puni selon droit et raison." Daß außer diesem summarischen Verfahren auch die eigentliche Vindikation Statt hatte, ist keinem Zweifel unterworfen. Vergl. Pothier l. c. Nr. 43.

2) Vergl. damit *L. 12. C. de donat.* (8. 54). *L. 1. C. commun. divid.* (3. 37). II. F. 58. §. 2. und Cujacius ad h. tit. Cod. Schweppe, römisches Privatrecht §. 159.

3) Der Satz selbst war übrigens nicht unbestritten, doch ist er nach der Versicherung von Thaumassière durch die Coutumes angenommen worden. Vgl. darüber Pothier l. c. Nr. 41.

4) Wie Pothier l. c. Nr. 40 glaubt.



Digitized by Google

eine solche Annahme mit dem hälftigen Gewinn und Verlust an der Nachzucht im Widerspruch stehen würde.

1) Das Vindikationsrecht in dem angegebenen Umfang hat der Versteller nicht blos im Fall der Veräußerung durch den Einsteller, sondern auch im Fall der gerichtlichen Veräußerung in dessen Concurs, weil die Rechte eines Cridars durch den Uebergang an seine Massegläubiger weder an Umfang, noch an Stärke gewinnen [5]. Es fällt jedoch in diesem besonderen Falle weg, wenn nach dem Concursproceß des Landes auch die Vindikanten unter dem Präjudiz des Ausschlusses vorgeladen werden können, und der Versteller wegen Versäumniß mit Recht präcludirt worden ist, so wie es

2) überhaupt bei der Veräußerung der Nachzucht aufhört, wenn dieselbe zum Voraus nach Jahren vertheilt wurde, und der Einsteller nicht über seinen Jahresbetrag hinaus veräußert hat, weil in einer solchen Verabredung eine reelle Theilung liegt. So kann ohne Zweifel der Versteller nicht vindiciren, wenn er den Vertrag auf zwei Jahre abgeschlossen, und die Nachzucht des ersten Jahres sich vorbehalten, die des zweiten aber dem Einsteller überlassen hat, wenn Letzterer die jungen Thiere eben dieses zweiten Jahres veräußert, weil ihm ja davon gar kein Antheil gebührt [6]. Endlich hört

3) die Vindikation auf, wenn das Vieh auf öffentlichem Markt verkauft wurde, und die Vindikation bei solchen Käufen nach Par-

5) *Coutume de Berry* l. c. Art. 10: „Si avant le cheptel payé, le preneur souffre que par exécution ou autrement, l'on vende les bêtes par lui prinses, sans en avertir le bailleur; en ce cas ledit bailleur *a droit de suite sur lesdites bêtes*, et les peut *revendiquer* comme à lui appartenantes, nonobstant ladite vendication faite par souffrance du preneur. Et en faisant apparoir sommairement qu'elles lui appartiennent, lui seront delivrées par provision, en baillant caution, sans que ledit bailleur soit tenu de payer aucuns frais de la nourriture desdites bêtes; et n'est depuis qu'elles auront été nourries aux dépens de l'acheteur de bonne foi, jusques au temps qu'elles auront été arrêtées par le bailleur; et sera le preneur qui a souffert ladite vente sans avertir le bailleur, amendable avers justice, et condamné aux dépens, dommages et intérêts du bailleur." Dasselbe bestimmt die *Coutume de Nivernois* Chap. 21. Art 16.

6) Dieß liegt auch in den Worten der Stelle Note 5: „Si avant le cheptel payé etc." Vgl. Pothier l. c. Nr. 46.

Digitized by Google

tikularrechten überhaupt abgeschnitten ist [7]), oder wenn der Grundsatz: „Hand muß Hand wahren" seine Gültigkeit bis auf die neueste Zeit behauptet hat.

### §. 21.

### D) Gemeinschaftliche Pflichten des Verstellers und Einstellers.

#### 1) Die Pflicht zur Prästation der *culpa*.

Zu den gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten gehört zunächst die Pflicht zur Prästation der *culpa levis*, weil beide Vortheil aus dem Geschäfte ziehen. Deshalb hat der Versteller allen Schaden zu ersetzen, den er durch sein Verschulden durch das eingestellte Vieh dem Einsteller zufügt, wie wenn er z. B. schuldhafter Weise durch ansteckende Krankheiten seines Viehes das eigene des Einstellers anstecken und zu Grunde richten würde. So hat aber auch umgekehrt der Einsteller dem Versteller allen Schaden zu ersetzen, den er durch Vernachläßigung, verkehrte Behandlung rc. dem eingestellten Viehe selbst, oder durch seine Leute direct oder durch Veranlassung nachtheilig wirkender Zwischenursachen (casus mixtus) zufügt [1]).

Das, was über die culpa hinaus liegt, nämlich der Zufall, wird in folgendem Verhältniß getragen. Was die Nachzucht und die Werthserhöhung des eingestellten Viehes betrifft, so versteht es sich von selbst, daß daran jeder die Hälfte des Zufalls zu übernehmen hat, weil ja diese Sachen jedem zur Hälfte gehören. Den Zufall, welcher das Stammvieh trifft, so weit es dem Versteller allein eigenthümlich gehört, hat der Einsteller nach der Grundidee des Instituts zur Hälfte zu tragen, weil er für diese seine Assecuranz die Hälfte der Nachzucht und der Werthserhöhung des eingestellten Viehes erhält. Am richtigsten haben in diesem Hauptpunkt die Schweizer Statuten und die französischen Gewohnheiten das Institut aufgefaßt [2]),

7) Interessante Notizen darüber finden sich bei Pothier l. c. Nr. 47 bis 50. Merlin l. c. §. 1. Nr. 11.

1) *Code civil* Art. 1807: Il (le preneur) n'est tenu du cas fortuit *que lorsqu'il a été precédé de quelque faute* de sa part, sans la quelle la perte ne serait pas arrivée.

2) Zürcher Stadtgerichts-Satzungen P. 2. Art. 5. (bei Leu a. a. O. Thl. 2. S. 739.): „Wann einer Halbvieh mit einem Anderen haben will, in was Preis es seye, was an selbigem Vieh



Digitized by Google

während einige unserer deutschen Statute, der Natur der Sache ganz zuwider, den Versteller die Gefahr des von ihm eingestellten Viehes allein tragen lassen, und das gegenwärtige Institut mit der Viehverstellung gegen den jährlichen Kalbzins u. s. w. (§. 15 ff.) ganz zusammenwerfen [3].

Bei der Redaktion des Code civil giengen mehrere Mitglieder von der beschriebenen ganz richtigen Idee der alten Gewohnheiten aus. Andere dagegen brachten fremdartige, dem römischen Recht entlehnte oder durch den augenblicklichen Eindruck erzeugte Vorstellungen in die Discussion, welche zur Folge hatten, daß die betreffenden Artikel dunkel gefaßt wurden, um ja auch nachher wieder den alten Streit fortsetzen zu können. Zunächst mußten die Anhänger der alten Gewohnheiten die Inconsequenz passiren lassen, daß zum Vortheil des Einstellers demselben die Hälfte der Gefahr zwar dann aufgelegt werde, wenn der eingestellte Viehbestand nur theilweise zu Grunde gehe, oder blos verschlechtert werde, daß dagegen der Ver-

---

aufwachßt und mehr werth ist, die Besserung gemein, was aber dem Vieh abgehet, oder wann selbiges gar unnutz würde, sie auch den Schaden einanderen tragen helfen sollen." Die alte lateinisch gefaßte Gewohnheit von Bergerac: „Si contingat aliqua de dictis animalibus seu omnia mori, et hoc sit sine culpa nutritoris, dictus nutritor non tenetur de morte animalium; sed duntaxat *restituet domino medietatem sui Cabal.*" *Coutume de Berry* chap. 17. Art. 4: Aussi *est le péril dudit bétail commun* entre les dits preneur et bailleur, tout ainsi que le croit et profit qui en procède.

3) So verordnet das bad. Edikt vom 29. Okt. 1725 (bei Gerstlacher, Sammlung der bad. Verordnungen Thl. 3. S. 237. 238), nachdem es vorher von beiden Arten gesprochen hat, „daß der Versteller das Bestandvieh, sofern als von Seiten des Beständers keine erweisliche Verwahrlosung sich ereignet, wann nicht ein anderes ausgedinget worden, in seiner Gefahr haben solle." Den umgekehrten Verstoß begeht das württ. General-Rescript vom 16ten März 1642. (bei Reyscher, Sammlung V. S. 420.), wenn es gestattet, daß der Beständer „die Gefahr zum halben theil auf sich nemmen" könne, und diese Verordnung nicht blos nebenbei, sondern sogar hauptsächlich in Beziehung auf die Verstellung gegen das Milchkalb gibt (vgl. §. 16. Note 5. u. 8).

Digitized by Google

steller den gänzlichen Untergang allein tragen solle [4]). Nun faßten die Verfechter der gegentheiligen Ansicht vermeintlich zum noch größeren Vortheil des Einstellers die Sache so auf, als ob er mit seinem eigenen Vermögen nie den Verlust zu decken, sondern nur mit seinem Gewinnantheil zu haften habe [5]), eine Idee, auf welche auch die Redaktoren des badischen Landrechts eingegangen sind [6]). Daß diese Auffassung unrichtig sey, ergibt sich nicht blos aus den Worten:

„la perte est supportée en commun,"

sondern insbesondere auch noch aus der Vergleichung dieses Artikels mit dem Art. 1817 [7]), weil sich darnach die Contrahenten, wenn bei Aufhebung des Geschäfts nicht so viel Vieh vorhanden ist, als die erste Schätzung beträgt, wegen des Verlustes berechnen sollen, von welcher Berechnung unter der supponirten Voraussetzung keine Rede

---

4) *Code civil* Art. 1810: „Si le cheptel *périt en entier* sans la faute du preneur, *la perte en est pour le bailleur*.

5) Art. 1810: *„S'il n'en périt qu'une partie, la perte est supportée en commun,* d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel." Diesen Artikel erklärt Maleville, Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Blanchard Bd. III. ad hunc Art. S. 489. 490 in dem gedachten Sinn mit Folgendem: „Geht nur ein Theil davon zu Grunde, ohne daß weder Zuwachs an jungem Vieh von dem übrig bleibenden Theile noch Gewinn davon vorhanden ist, oder vorher oder nachher vorhanden gewesen ist, so ist der Verlust ebenfalls für den Verpachter. Ist Gewinn an dem übrig bleibenden Theile vorhanden, so muß Gewinn und Verlust gegen einander aufgehoben werden, und der Pachter muß nicht eher an diesem Gewinn Antheil nehmen, als bis der Verlust dagegen compensirt worden ist."

6) Brauer, Erläuterungen Thl. 3. Bemerk. 49.: „Die Stücke gehen immer ihrem Eigenthümer unter, aber der Werth nur so weit, als nicht aus der Gesellschafts-Gewinnkasse der Einlagswerth noch erhoben werden kann."

7) S'il n'existe pas assez de bêtes (bei Auflösung des Geschäfts) pour remplir la première estimation, le bailleur prend ce qui reste, et *les parties se font raison de la perte.*"

Digitized by Google

seyn könnte [8]). Genauer betrachtet, liegt in dieser Vorstellung auch noch eine weitere Inconsequenz. Denn wenn der Einsteller blos mit seinem Gewinn haften, und vom eigenen Vermögen nichts auf den Ersatz des theilweise zu Grunde gegangenen Viehes verwenden sollte, so müßte man ihm auch erlauben, die auf die gemeinschaftliche Nachzucht verwendeten Fütterungskosten abzuziehen, weil er dafür durch den Dünger nicht hinreichend entschädigt ist, und also in diesem Betreff de damno vitando, und nicht de lucro captando certirt.

Auf jeden Fall muß man daher gemeinrechtlich, wo es sich um Auffassung des Instituts nach seiner alten Grundidee handelt, bei der oben als richtig bezeichneten Ansicht stehen bleiben.

So angemessen es darnach ist, daß der Einsteller am ganzen oder theilweisen Verlust des eingestellten Viehes die Hälfte trägt, so sehr läuft dem Institut die Verabredung zuwider, daß der Einsteller alle Gefahr oder einen größeren Antheil daran tragen soll, als er am gemeinschaftlichen Gewinn hat, weshalb sie auch im Interesse des Einstellers in der Regel verboten ist [9]). Deshalb würde z. B. schon der Vertrag kraft dessen der Einsteller von der Nachzucht die Hälfte bekommen, am Verlust des ganzen Viehes aber zwei Dritttheile tragen soll, hinfällig seyn.

Ueber den Beweis von Zufall und Schuld gelten die gemeinen Rechtsregeln. Da nun der Einsteller zur Prästation der culpa levis verbunden ist, so wird im Falle des gänzlichen oder theilweisen Untergangs oder der Verschlechterung des Stellviehes seine Schuld so lange vermuthet, bis er einen Zufall dargethan hat. Hat er den Zufall erwiesen, so wird er so lange als schuldlos angenommen, bis ihm der Versteller eine positive oder negative schuldvolle Handlung nachweist, welche den behaupteten Zufall ganz veranlaßt, oder doch nachtheilig dabei eingewirkt hat [10]).

---

8) Vgl. Pothier l. c. Nr. 11 — 18. insbes. Note 10.

9) *Code civil* Art. 1811: „*On ne peut stipuler, que le preneur supportera la perte totale* du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute, ou qu'il supportera, dans la perte, une part plus grande que dans le profit."

10) So ist der Art. 1808 des *Code civil* zu verstehen: „En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit, et le bail-

Digitized by Google

Wie jedoch die Lehre von der Beweislast in solchen Verhältnissen nach gemeinem Recht überhaupt bestritten ist, so waren insbesondere über den vorliegenden Fall auch die Ansichten der französischen Schriftsteller getheilt. Die meisten legten unbedingt dem Einsteller den Beweis des Zufalls auf, während nach der *Coutume de Berry* [11]) der Versteller immer zum Beweis der Schuld angehalten worden seyn soll, weil der Einsteller wegen seines Gewinnantheils ein zu großes Interesse an der Erhaltung des Viehes habe, als daß man ihm eine Vernachläßigung zutrauen könne, und weil es der weit gewöhnlichere Fall sey, daß das Vieh an Krankheiten und sonstigen Zufällen sterbe, als daß es durch Vernachläßigung rc. zu Grunde gehe. Diese Bestimmung hat in legislativer Hinsicht eine gewisse Billigkeit für sich, die Consequenz eines Rechtssystems steht aber ihrer Aufnahme entgegen. Daß übrigens der Einsteller beim zufälligen Untergang dem Versteller wegen der Häute Rechenschaft abzulegen hat, versteht sich von selbst [12]), so wie auch die dargestellten Beweisgrundsätze auf die Versehen des Verstellers ohne Schwierigkeit angewandt werden können.

## §. 22.

### 2) Die Pflicht zur Abtheilung.

Zur verabredeten oder herkömmlichen Zeit, jeden Falls aber mit Auflösung des Geschäfts, haben beide Contrahenten die Verbindlichkeit zur Abtheilung zu schreiten. Ist eine Zeit für die Theilung des gemeinschaftlichen Gewinnes vor Beendigung des Geschäfts festgesetzt, so hat es natürlich dabei sein Bewenden, und es kann dann zwar jeder Contrahent seinen Mitcontrahenten zur Abtheilung zwingen, und im Weigerungsfall Entschädigung wegen des ihm dadurch verursachten Verlustes fordern, aber nicht nach Willkühr eine Abtheilung verlangen. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt jedoch dann ein, wenn es bei Eingehung des Geschäfts in die Willkühr eines

---

leur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur. Vgl. dazu bad. Landrecht eod. Art. und Brauer, Erläuterungen. Bd. III. S. 624. 625.

11) Vgl. darüber Pothier l. c. Nr. 92.

12) *Code civil* Art. 1809: „Le preneur qui est déchargé par le cas fortuit, est toujours tenu rendre compte des peaux des bêtes."

Digitized by Google

Contrahenten gestellt wurde, die Abtheilung nach Belieben zu verlangen, wobei aber dieser in Gemäßheit allgemeiner Rechtsgrundsätze, die Zeit der Abtheilung nicht nach dem merum arbitrium, sondern nur nach dem arbitrium boni veri zu bestimmen hat, weshalb er sie z. B. nur zu gelegener Zeit (tempore oportuno) verlangen darf.

Ist weder auf die eine noch auf die andere Weise eine Theilungszeit während des fortbestehenden Vertrags festgesetzt, so hat sie nur bei dessen Aufhebung zu geschehen. Uebrigens ist kein Contrahent befugt, zu jeder Zeit einseitig zurückzutreten, und dadurch eine Auflösung des Geschäfts und somit eine Abtheilung zu veranlassen, weil diese Eigenthümlichkeit der Societät, durch einseitigen Rücktritt die Gesellschaft aufzulösen, nicht als Folgesatz des hier vorhandenen einen wesentlichen Merkmals der Societät, nämlich des gemeinschaftlichen Gewinnes und Verlustes erscheint, sondern vielmehr über die Aufhebung des Geschäfts die Grundsätze vom Pachtvertrag gelten. Einseitige Aufhebung des Vertrags, und in Folge dessen Verlangen der Theilung zu jeder Zeit, kann daher auch wieder nur durch besonderen Vorbehalt gerechtfertigt werden, und unter dieser Voraussetzung nur zu gelegener Zeit geschehen [1]). Die Gesetze und Gewohnheiten haben aber überdieß den gedachten Nebenvertrag mannigfaltig und einander widersprechend beschränkt, indem einige auch ohne oder wider eine in Mitte liegende Verabredung dem Einsteller erlauben, das gestellte Vieh zu jeder Zeit zurückzugeben, oder wenigstens den Vertrag, wodurch die Zurückstellung zu jeder Zeit bedungen wird, zum Vortheil des Einstellers für gültig erklären [2]); andere aber ihn nur zum Vortheil des Verstellers [3]), oder wenn beiden Contrahenten die einseitige Aufkündigung vorbehalten

---

1) Vgl. darüber Pothier l. c. Nr. 54.

2) Württ. General-Rescript v. 22. Febr. 1620. (bei Reyscher, V. S. 368.), „dem Beständer aber soll jederzeit freystehen, die Kuh dann nach seinem Gefallen, wann er will, dem Verleyher widerumb heim zu geben."

3) Pothier l. c. Nro. 54: „La Thaumassière prétend, que la clause par laquelle le bailleur stipule la faculté d'exiger le partage toutes fois et quantes que bon lui semblera, est valable, quoiqu'elle ne soit pas réciproque."

Digitized by Google

ist [4]), gelten lassen. Da wir ein gemeinrechtliches Verbot nicht haben, so müssen alle solche Nebenverträge für gültig gehalten werden, wenn sie nicht eine enorme Verletzung begründen, oder gegen sonstige gemeinrechtliche Verbote anstoßen.

Sind die Anstände in Betreff der Zeit beseitigt, so kann zur Berechnung von Gewinn und Verlust, und endlich zur wirklichen Abtheilung geschritten werden.

Hat nun

A) der Versteller das Vieh ohne vorherige Schätzung eingestellt, so nimmt er es auch vorweg als sein Eigenthum zurück, ohne daß er dem Einsteller wegen der auf naturgemäßem Wege eingetretenen Werthserhöhung eine Vergütung zu leisten, noch auch von demselben, wegen der auf naturgemäßem Wege, z. B. durch höheres Alter eingetretenen Verschlechterung, eine Vergütung anzusprechen hätte. Ist das ungeschätzt eingestellte Vieh

1) durch Versehen des Einstellers

a) ganz zu Grunde gegangen, so hat er bei negativer Schuld den Werth vom Tag des Untergangs, und bei allmähliger Vernichtung den höchsten Werth vom letzten unversehrten Zustande [5]) an zu ersetzen; im Fall der Vernichtung durch positive Handlungen entscheiden bei der Werthsbestimmung die Zeiträume der Lex Aquilia. Ist

b) das eingestellte Vieh blos verschlechtert worden, so muß bei negativen Handlungen der höchste Werth vom Zeitpunkt der pflichtwidrigen Handlung bis dahin, wo die Sache entschieden wird, ausgemittelt und ersetzt werden, und bei positiven Handlungen entscheiden wieder die Zeiträume der Lex Aquilia. Gieng

2) das eingestellte Vieh durch Zufall unter, oder wurde es durch einen zufälligen Umstand verschlechtert, so ist der Einsteller als Versicherer verbunden, die Hälfte des Werths vom Tag des Untergangs oder vom Tag des Eintritts des verschlechternden Umstandes an zu ersetzen. Die angegebenen Zeitpunkte müssen deßhalb als entscheidend angenommen werden, weil ohne vorausgegangene Taxation der Versteller die natürliche Werthserhöhung anzusprechen und die natürliche Werthsverminderung zu leiden hat, und ihm daher das Vieh vollständig in der Eigenschaft zusteht, die es unmittelbar vor dem

4) Coquille, sur l'art. 9 de la coutume de Nevers.

5) Arg. *L.* 3. *D. de condict. tritic.* (13. 3).

ungünstigen Ereigniß hatte. Letzteres aber muß darum angenommen werden, weil man keinen anderen Maßstab hat, indem man ja den Werth des Viehes bei Eingehung des Geschäfts auszumitteln versäumte. Unter Umständen kann dabei der Versteller, unter anderen Umständen aber auch der Einsteller schlechter abkommen, als wenn das Vieh im Anfang taxirt worden wäre. Es hat sich aber Keiner über den Anderen zu beklagen, weil Jeden die Schuld trifft, eine Schätzung von Anfang an versäumt zu haben. Wenn dagegen

B) bei der Einstellung eine Schätzung vorgenommen wurde, so bildet diese für alle Fälle den Maßstab, und es hat daher

1) im Falle der verschuldeten Vernichtung der Einsteller den Werth der ersten Schätzung in Geld herauszubezahlen, oder ein anderes Stück Vieh von gleichem Werthe als Entschädigung anzubieten. Ebenso hat er sich bei der Verschlechterung durch Daraufbezahlen des, durch Vergleichung der ersten mit der nunmehr bei der Abtheilung wieder vorzunehmenden Schätzung auszumittelnden Minderwerths oder Anbieten eines besseren Stück Viehes seiner Verbindlichkeit zu entledigen [6]. Ist das eingestellte Vieh

2) durch Zufall ganz zu Grunde gegangen, so hat der Einsteller wie vorhin kraft des Assecuranzvertrags dem Versteller die Hälfte des Werths zu vergüten, und ebenso den zufälligen Minderwerth zur Hälfte zu ersetzen. Ueber die Art der Abtheilung vergl. man §. 36.

## III. Die Viehverstellung als Societät.
### (Cheptel à moitié.)

### §. 23.

#### 1) Natur des Vertrags.

Der Societät gehört

1) unzweifelhaft die Form des Vertrags an, wenn beide Contrahenten Stellvieh zusammenbringen, und sonst alles halbtheilig machen (§. 5. Nr. 6. §. 6. B), oder wenn der Einsteller bei Eingehung des Vertrags das Vieh dem Versteller, oder umgekehrt dieser jenem zur Hälfte abkauft (§. 5. Nr. 6). Hat aber

2) der Versteller das Stellvieh ganz hergegeben, um blos den

---

6) *Code civil* Art. 1810.

Digitized by Google

Nutzen davon und die Werthserhöhung in die Gemeinschaft einzubringen, so ist nur dann Societät anzunehmen, wenn die Absicht der Contrahenten unzweifelhaft darauf gerichtet ist, wie z. B. in dem Fall des §. 2. Nr. 3; und ebenso verhält es sich, wenn

3) der Versteller den Nutzen ohne den erhöhten Werth des Stammviehes halbtheilig macht.

Alle drei Fälle der Societät charakterisiren sich durch Folgendes. Bei dem ersten Fall schießt jeder der Contrahenten die Hälfte zum gemeinschaftlichen Gesellschaftsfonds ein, und das Stellvieh wird daher mit der Einstellung, als dem Act der Tradition, gemeinschaftliches Eigenthum zu hälftigen Theilen. Die Gesellschaft ist aber dessen ungeachtet rücksichtlich der ganzen Einlage ungleich, weil der Einsteller überdieß seine Dienste durch Wartung und weitere Sachen durch Fütterung und Streue einwirft. Für diese seine höhere Einlage bekömmt er deßhalb auch einen Gewinntheil allein voraus, welcher in Dünger, Milch und Arbeit der Thiere besteht.

Die zweite Art läßt sich unter einem doppelten Gesichtspunkt auffassen. Entweder kann man annehmen, der Versteller habe die, übrigens nicht zu vermuthende, Absicht, dem Einsteller das Miteigenthum zu übertragen. Dann hat er das ganze Gesellschaftskapital vorgeschossen, und wird bis zur Hälfte des Werths Gläubiger des Einstellers. Oder er hat die Absicht, das eingestellte Vieh in seinem alleinigen Eigenthum zu behalten, was im Zweifel angenommen werden muß. Dann wird der Einsteller blos Miteigenthümer des gemeinschaftlichen Gewinnes an Wolle, Nachzucht und dem erhöhten Werth des Stammviehes. An letzterem behält daher der Versteller das alleinige Eigenthum in jedem Fall nur bis auf den Werth, den das eingestellte Vieh bei Eingehung des Vertrags hatte. In allen anderen Punkten mit diesem letzten Gesichtspunkt übereinstimmend, unterscheidet sich der dritte Fall blos dadurch, daß, da der erhöhte Werth des Stammviehes nicht mit in die Gemeinschaft gezogen wird, der Einsteller daran auch gar keinen Eigenthumsantheil bekömmt, und sich deßhalb sein Miteigenthum lediglich auf die gemeinschaftliche Wolle und Nachzucht beschränkt. Sonst bekömmt er bei allen vorgenannten Beziehungen für seine Wartung und Fütterung, die er allein in die Gesellschaft einwirft, auch hier wieder Dünger, Milch und Arbeit der Thiere voraus. Daß er dagegen auch die Gefahr tragen muß, soweit das Miteigenthum auf

Digitized by Google

ihn übergeht, folgt aus dem Grundsatz: casum sentit dominus, von selbst. Wenn aber in Betreff der Gefahr die genannten mehrfachen Beziehungen nicht unterschieden werden, sondern dem Einsteller dieselbe Gefahr immer zur Hälfte aufgelegt wird, so erscheint er, insoweit er nicht Miteigenthümer ist, als Versicherer des Verstellers, und sein Antheil an Wolle und Nachzucht ist die Prämie für seine Assecuranz, wie beim contractus socidae; wobei sich nur bemerken läßt, daß er in dem dritten Fall schlechter gestellt ist, als in dem zweiten, weil er dort keinen Antheil an dem erhöhten Werth des Stammviehs hat.

## §. 24.

### 2) Rechtmäßigkeit des Vertrags.

In keiner Beziehung kann man aber, weder in dem einen, noch in dem anderen Fall, wie dieß oft geschehen ist, behaupten, daß das Geschäft an sich, d. h. abgesehen von wucherlichen Nebengedingen, gegen das natürliche Recht oder die Billigkeit anstoße. Denn wenn beide das Stellvieh zusammenbringen, so ist ohnehin nichts natürlicher, als daß die Gefahr wie das Eigenthum und der Gewinn getheilt sind. Wenn der Versteller aber das Vieh allein hergibt, so wird der Einsteller entweder Miteigenthümer, und dann ist wieder nichts natürlicher, als daß er auch die Hälfte der Gefahr trägt, oder er wird dieß nicht, dann erhält er ja für seine Assecuranz eine Prämie, wobei der vorhin berührte kleine Unterschied, wenn er keinen Antheil am erhöhten Werth des eingestellten Viehes bekömmt, wenig ausmacht, da ja auch sonst bei gleichen Verhältnissen die Assecuranz-Prämien oft sehr verschieden ausfallen.

Wollte man in dem letzten Falle, wo der Versteller das Eigenthum des eingestellten Viehes behält, ihn auch die Gefahr als Eigenthümer allein tragen lassen, so wäre dieß zwar dem Rechtsgrundsatz casum sentit dominus angemessen, es enthält aber die Theilung derselben bewandten Umständen nach nicht allein nichts gegen Recht und Billigkeit, sondern sie ist dem vorliegenden Rechtsinstitute ganz angemessen, wie sich aus Folgendem ergibt.

Wenn beide das Stellvieh zusammenbringen, so trägt jeder der Contrahenten an seinem eigenen Stück Vieh die Hälfte der Gefahr, und an dem dazugestellten auch die Hälfte. Bei gleicher Beschaffenheit der Thiere, wie sie hier vorausgesetzt werden muß, sind aber

Digitized by Google

die beiden Hälften der Gefahr gleich der ganzen Gefahr des einen Stück Viehes. Der Quantität nach trägt daher der Versteller, wenn beide das Stellvieh zusammenbrachten, eben so viel, als wenn er das von ihm eingestellte Stück in seiner alleinigen Gefahr behalten hätte, und der Einsteller trägt an der Gefahr des wirklich eingestellten Viehes effectiv zwar nichts, hat aber dagegen auch im Grunde keinen Vortheil für übernommene Gefahr. Denn außer dem, was er für Wartung und Fütterung, an Dünger, Milch und Arbeit bekömmt, hat er auch keinen weiteren Nutzen, weil die beiden Hälften an der Nachzucht ꝛc., die er erhält, keinen höheren Werth haben, als wenn er die Jungen von seinem eigenen Stück Vieh allein erhalten würde, wie er sie ohne Dazwischenkunft eines solchen Vertrags allein bekommen müßte. In dem letzten Fall aber, wenn der Einsteller das Vieh allein hergibt, bekömmt er wirklich die Hälfte der Nachzucht, Wolle und Werthserhöhung von fremdem Vieh, und es ist nichts angemessener, als daß er dafür auch die Gefahr trägt. Wo daher effectiv keine fremde Gefahr vom Einsteller getragen wird, da ist keine Prämie, und wo solche übernommen worden, ist auch eine Prämie dafür bestimmt. Diese Vergleichung bewahrheitet wieder die Richtigkeit der obigen Behauptung, daß der hälftige Nutzen des Einstellers an Nachzucht u. s. w. wenigstens nebenbei immer als Belohnung für übernommene Gefahr angesehen werden müsse.

## §. 25.

### 5) Rechts-Grundsätze.

Gehören die vorbezeichneten Institute entschieden der Societät an, so kommen auch deren Rechtsgrundsätze vollständig zur Anwendung, hier sind aber wieder nur diejenigen besonders hervorzuheben, welche eine eigenthümliche Beziehung haben. Was zunächst

1) die beiderseitigen Einlagen betrifft, so sind sie jeder Zeit ungleichartig und ungleich, indem der Einsteller die Fütterung allein prästirt, und neben den Sachen immer auch Dienste leistet, wogegen aber auch der Gewinn-Antheil ungleichartig und ungleich ist, indem der Einsteller für die genannten Leistungen Dünger, Milch und Arbeit der Thiere allein bekömmt. An Fleiß haben sich beide

2) *diligentia in concreto* zu prästiren, weßhalb es sich der Versteller selbst zuschreiben muß, wenn er sein Vieh bei einem Bauern

Digitized by Google

oder Hirten einstellt, der dasselbe nicht besonders gut zu behandeln versteht. Gewiß nicht unzweckmäßig haben für dieses besondere Institut jedoch neuere Gesetze den Einsteller auch hier für culpa levis in abstracto verantwortlich gemacht [1]).

3) Die Dauer anlangend, so hat es zunächst auch wieder bei den besonderen Verabredungen sein Bewenden, in deren Ermangelung haben aber die französischen Gewohnheiten dabei nicht den Zeitraum von drei, sondern von fünf Jahren angenommen, wozu noch, wenn die Abtheilung versäumt wird, eine stillschweigende Erneuerung des Vertrags auf ein Jahr hinzukommen kann [2]). Unsere deutschen Gesetze kennen diesen Unterschied nicht, sondern lassen überhaupt bei der halbtheiligen Viehverstellung, mag sie nun im concreten Falle als contractus socidae oder als eine Societät erscheinen, einen Zeitraum gelten, bis das Vieh zu dritt steht [3]).

In Ermangelung solcher particularrechtlichen Gesetze und Gewohnheiten wird das Geschäft durch alle Umstände beendigt, wodurch die Societät aufgelöst wird. Mag daher immerhin die Aufhebung durch Tod und einseitige Aufkündigung ihre Inconvenienzen haben, so müssen dieß die Partheieen hinnehmen, wenn sie einmal die Absicht hatten, eine Societät einzugehen, und wenn nicht neuere Landesgesetze diese unpassenden Bestimmungen des römischen Rechts bei der Societät überhaupt aufgehoben haben. Uebrigens darf ja das einseitige Zurücktreten auf keinen Fall zur Unzeit geschehen, worüber das §. 16. Ziff. 3 Gesagte zu vergleichen ist.

## §. 26.

### 4) Insbesondere Abtheilung.

4) Mit der Aufhebung oder sonst zu der verabredeten oder her-

---

1) *Code civil* Art. 1806, vergl. mit Art. 1820. Pothier l. c. Nr. 61.

2) *Coutume de Berry* Art. 2. »Si les dites bêtes ont été baillées à moitié, sera tenu le preneur les nourir, et persévérer au dit contrat, sans pouvoir exiger, c'est-à dire faire partage, l'espace et temps de *cinq ans entiers*, les quels finis, pourra exiger et faire le dit partage, pourvu que dedans *quinzaine* après les dits cinq ans finis, il somme et requière le bailleur de ce faire; et autrement sera tenu, s'il plaît au bailleur, les nourir encore jusques à un an après le bail fini, s'il n'y a convention contraire.

3) Vergl. §. 18. Not. 4.

Digitized by Google

kömmlichen Zeit hat die Theilung zu geschehen. In materieller Hinsicht hat man dabei die drei verschiedenen Arten der Stellviehsocietät zu unterscheiden. Haben beide Contrahenten das Stammvieh zusammengebracht, so bildet der gesammte Viehbestand zur Zeit der Aufhebung den Gesellschaftsfonds, und jeder Contrahent hat daran einen gleichen hälftigen Antheil, ohne daß dem Einen oder dem Anderen ein Vorzugsrecht gebührte. Wenn der Versteller oder Einsteller gerade das von ihm eingestellte Vieh wieder zurückhaben will, so kann dieß durch Uebereinkunft geschehen, ein Zwangsrecht hat er aber gegen seinen Mitgesellschafter darauf nicht, weil das Eigenthum daran eben so wohl diesem, als ihm selbst gebührt. Hat der Versteller das Stammvieh allein hergegeben, außer der Nachzucht aber auch den erhöhten Werth in die Gesellschaft eingeworfen, so kann er zwar dasselbe als sein Eigenthum zurücknehmen, ist aber dem Einsteller wegen der Werthserhöhung eine Vergütung schuldig, welche natürlich dann wegfällt, wenn er den erhöhten Werth der Gemeinschaft nicht überließ. In den beiden ersten Fällen ist daher eine Taxation des gesammten Viehbestandes immer nöthig, während es im letzten an einer Taxation der Nachzucht genügt.

Die Taxation und die wirkliche Vertheilung in formeller Hinsicht kann entweder durch die Contrahenten selbst geschehen, oder durch einen von ihnen zu bestimmenden unpartheiischen Dritten, oder endlich durch den Richter. Was

a) die Taxation und Theilung durch die Contrahenten selbst anbelangt, so kömmt in den Gewohnheiten einiger französischen Provinzen ein Analogon von dem altdeutschen, insbesondere bei Erbschaften gebräuchlichen Grundsatze „der Älteste theilt, der Jüngste kührt" vor, welches darin besteht, daß derjenige, welcher nach Abfluß der Verstellungszeit zuerst die Theilung verlangt, gleichviel ob der Versteller oder Einsteller, auch den Stellvieh-Bestand abschätzen muß. Der Andere hat nun in den nächsten fünfzehn Tagen die Wahl, ob er das Vieh behalten und den seinem Mitgesellschafter gebührenden Antheil baar und auf der Stelle in Geld hinausbezahlen, oder ob er ihm das Vieh lassen, und sich seinen Antheil in Geld ausbezahlen lassen will. Hat daher der Einsteller das Vieh abgeschätzt, und ist es ihm vom Versteller heimgeschlagen worden, so muß er diesem vorerst so viel hinausbezahlen, als er ursprünglich eingestellt hat, und von dem gemeinschaftlichen Gewinn noch die Hälfte.

Digitized by Google

Behält aber der Versteller das Vieh, so zieht er seine Einlage vorab, und bezahlt dann die Hälfte des Ueberschusses an den Einsteller [1]). So billig dieses Auskunftsmittel scheint, weil der Schätzer immer bei zu hoher oder niederer Taxation fürchten muß, das Vieh gegen seinen Vortheil heimgeschlagen zu bekommen, oder den Werth hinausbezahlen zu müssen, so nachtheilig kann es unter Umständen durch die Bestimmung werden, daß sogleich baar ausbezahlt werden muß. Gewöhnlich sind nämlich die Einsteller überhaupt, oder wenigstens an Geld arme Bauern und Hirten, und haben doch in der Regel bei der Abtheilung am meisten herauszubezahlen. Wenn nun der Versteller voraussieht, daß der Einsteller den schuldigen Geldantheil nicht aufbringen kann, so darf er es wohl wagen, einen recht geringen Anschlag zu machen. Ist nun, wie vorauszusehen, der Einsteller nicht im Stande, binnen der 15 Tage das Geld aufzutreiben, so hört sein Wahlrecht von selbst auf, und er muß dem Versteller das Vieh in dem niederen Preise überlassen. Aus diesem Grunde dürfte sich die Methode empfehlen, daß beide sich in der Taxation vereinigen oder

b) dieselbe durch einen unpartheiischen Dritten machen lassen, was den Partheien in den meisten Gesetzen ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist [2]). Können sie sich über einen solchen nicht vereinigen, so läßt sich

---

1) *Coutume de Berry* Art. 4. »En cheptel, celui qui veut exiger après le temps conventionel ou de la coutume passé, et qui demande partage, soit le bailleur ou le preneur, doit estimer et priser les bêtes; et selon icelle prisée, pourra celui lequel on somme d'éxiger, retenir les dites bêtes, ou les laisser pour ledit prix à celui qui les a estimées, dedans la huitaine ensuivant; lequel priseur, ou lesdites bêtes seront laissées pour ledit prix, sera tenu payer comptant; à savoir, si le preneur les a prises et lui demeurent, de payer ledit droit de cheptel au bailleur et la moitié de ce que montera ladite prisée outre ledit droit de cheptel; et si elles demeurent au bailleur sera tenu icelui bailleur déduire son droit de cheptel; et s'il y a gain, bailler la moitié d'icelui au preneur.«

2) Württ. Generalrescr. vom 22. Febr. 1620 (bei Reyscher, V. S. 368): daß — das Bestandvieh weder durch den Verleiher noch Beständer, sondern durch verständige, unpartheiische und uninteressirte Personen rechtem und billigmäßigem Werthe nach

c) der Richter nach bekannten Grundsätzen die Vorschläge machen, und wählt dann aus den Vorgeschlagenen Einen zu diesem Geschäfte aus, oder läßt auch die Abschätzung durch mehrere zusammen machen. Sich dem Geschäfte selbst zu unterziehen, kann ihm weder zugemuthet, noch zugetraut werden, weil technische Kenntnisse zu einer genauen Abschätzung erforderlich sind.

Nach geschehener Vorbereitung und Abschätzung kann die wirkliche Abtheilung durch die vorgenannten Personen auf dreifache Weise geschehen, entweder so, daß der vorhandene Viehstand in natura getheilt wird, oder so, daß Einer der Contrahenten den ganzen Viehstand, und der Andere seinen Antheil in Geld herausbekömmt, oder endlich so, daß theils in natura, theils in Geld abgetheilt wird.

1) Bei der ersten Art wird vorausgesetzt, daß sich gerade so viele Stücke Vieh vorfinden, daß sich die beiderseitigen Ansprüche durch eine Vertheilung desselben vollkommen ausgleichen lassen. Da dieß nur selten eintreten kann, so wird

2) in der Regel eine Geldausgleichung aushelfen müssen. Wenn nicht schon bei Eingehung des Vertrags, oder bei der Abtheilung von den Contrahenten selbst ausgemacht ist, wer das Vieh in natura bekommen soll, so haben zuweilen die Gesetze und Gewohnheiten dem Einsteller ein Vorrecht eingeräumt [3]), oder ein Auskunftsmittel da-

angeschlagen und geschätzet, und demjenigen, so der Kälber nicht begehret, sein Angebürniß solchem Anschlage nach hinausgegeben werden solle. Badisches Edict vom 29. Oct. 1725 (bei Gerstlacher Thl. 3. S. 237): „daß unpartheiisch ästimirt werde." Durch die neueren Gewohnheiten von Bourbonnois ist gleichfalls die alte Methode verlassen, und die Schätzung durch unpartheiische Dritte den Contrahenten zur Pflicht gemacht worden. Vergl. darüber Pothier l. c. Nr. 55.

3) Badisches Edict vom 29. Octbr. 1725 (bei Gerstlacher, Sammlung der badischen Verordnungen, Thl. 3. S. 237): „und daß alsdann, entweder dem Versteller, oder auch dem Beständer, welcher Theil es sich nemlich bei der Verstellung vorbehält oder ausdingt, die Wahl, welches Stück Vieh derselbe in dem gemachten Anschlag annehmen will, freigestellt, und wann dieser Wahl halber nichts expresse verglichen worden, solche, der eingeführten Gewohnheit nach, demjenigen, bei welchem das Vieh stehet, gelassen werden soll."



Digitized by Google

durch hergestellt, daß sie dem, welcher die Schätzung nicht vornahm, die Wahl gelassen haben [4]). In Ermangelung von Privatdispositionen der Contrahenten und particularrechtlichen Bestimmungen hat der Richter nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die Theilung von gemeinschaftlichen Sachen, wenn beide das Vieh in natura wollen, entweder das Loos entscheiden zu lassen, oder solches Einem von ihnen zuzusprechen, und wenn keiner es annehmen will, eine Versteigerung an Dritte anzuordnen, und wenn diese erfolglos bleibt, wieder durch das Loos oder durch sein Ermessen dem Einen das Vieh und dem Anderen die Vergütung zuzusprechen [5]). Endlich kann aber auch

3) die Vertheilung unter Berücksichtigung der jetzigen oder wenigstens früheren Separateigenthums-Ansprüche geschehen, und dann ist nichts natürlicher, als daß, wenn Beide Stammvieh zusammenbrachten, Jeder das von ihm eingestellte zum Voraus erhält, wenn es aber der Versteller allein hergab, er auch das Stammvieh vorausbekömmt, der erhöhte Werth desselben aber zur Nachzucht geschlagen, und diese nun nach den unter Nr. 1 und 2 dargestellten Grundsätzen vertheilt wird [6]). Diese auch in Frankreich durch die neueren Gewohnheiten von Bourbonnois eingeführte und vom Code civil adoptirte Methode ist die einfachste und beste, und kann ebensowohl bei eingetretenem Verlust zur Anwendung gebracht werden. Dem, welcher Vieh ursprünglich eingestellt hat, wird, wenn dasselbe zu Grunde gegangen ist, das vorhandene ganz oder theilweise, je nach der Beschaffenheit der Einstellung, als Schadensersatz vorausgegeben, und wegen des Verlustes haben sich die Partheien zu berechnen [7]).

---

4) Vergl. Not. 1.

5) Schweppe, römisches Privatrecht, §. 596.

6) Badisches Edict vom 29. Octbr. 1725 (bei Gerstlacher, Sammlung der badischen Verordnungen, S. 237): „und soll wann IV eine bereits erwachsene Kuh verstellt, und solche des Verstellers ganz eigen ist, selbige — bei der Abtheilung ästimirt, und dann das Resultat zu denen von ihr geworfenen Kälbern geschlagen werden, — wann aber für eine solchergestalt verstellte Kuh, von dem Beständer dem Versteller die Helfte bezahlt worden, sodann auch nur die Hälfte des Bestandzinses in Anschlag gebracht werden."

7) Pothier l. c. Nr. 55. *Code civil* Art. 1817.

Digitized by Google

## IV. Die Viehverstellung unter verschiedenen Vertragsformen.

§. 27.

Zu den nun noch nicht classificirten Arten der Viehverstellung gehören folgende:

1) Wenn Einer dem Andern sein Zugvieh zum Gebrauch auf eine gewisse Zeit überläßt, um dagegen dessen Vieh auf eben so lange zu bekommen, und mit dem seinigen zusammenzuspannen (§. 2. Nr. 5).

2) Wenn Muttervieh eingestellt wird, um in der Heerde des Einstellers besprungen zu werden, insofern keine Geldleistungen dabei vorkommen (§. 4. Nr. 3. §. 6. Nr. 3).

3) Wenn Zugvieh gegen Lieferung einer Summe von Feld- oder anderen Früchten eingestellt wird (§. 5. Nr. 7). Diese Art des Vertrags kann deßhalb dem Bestand nicht beigezählt werden, weil die versprochene Frucht nicht aus der in Bestand gegebenen Sache geleistet wird, die obigen nicht auszudehnenden Gesetze aber, welche von der Theilpacht reden, nur unter dieser Voraussetzung Pachtvertrag annehmen. Wenn sich dieß auch nicht aus der L. 21. C. de Locat. et conduct. (4. 65) ergibt, so folgt es doch bestimmt aus *L.* 25. §. 6. *D. Loc. conduct.* (19. 2), weil dem Bestandgeber die Gefahr der Frucht zur Hälfte aufgelegt ist. Dieß könnte unmöglich Statt finden, wenn der Jurist an den Fall gedacht hätte, wo der Theilpächter irgend eine Frucht leisten soll, weil ja sonst dieser, wenn er irgend einen Schaden an einer Frucht seines eigenen Feldes erlitten hätte, sagen könnte, er habe gerade diese Frucht dem Verpachter geben wollen, um ihm die Hälfte des Schadens aufzubürden [1]).

Indessen hat das württembergische Recht, welches diese Art der Viehverstellung ausdrücklich erwähnt, den Gesichtspunkt der Theilpacht aufgefaßt, und dem gemäß die Gefahr des Viehes und der Gegenleistung an Früchten getheilt [2]).

---

1) Cujacius l. c. supra cit.

2) Württ. Generalrescr. vom 14. März 1642 (bei Reyscher, Sammlung, V. S. 419): „solle nun hinfüro von einem paar Ochsen der besten, acht schöffel Früchten zu rauhem auff daß höchste, auch darunder, nach Gerichtlicher erkanntnus: Außer einem mittel-



Digitized by Google

4) Wenn Zugvieh gegen Bauung einer Anzahl von Feldern verstellt wird (§. 5. Nr. 8).

Angemessen ist es dabei, wenn das württembergische Recht der Obrigkeit das Recht einräumt, das Maß der zu bauenden Felder zu bestimmen, wenn der Versteller dem Einsteller zu viel zumuthet [3]), dagegen stößt es ganz wider das gemeine Recht an, wenn es auch hier von einem Beständer redet, und die Gefahr des eingestellten Viehes zwischen beiden Contrahenten halbtheilig macht. Die Analogie von der Theilpacht ist hier offenbar zu weit ausgedehnt, wenn sie auch auf Dienste angewandt worden ist.

Natürlich leiden bei solchen Fällen die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Verträgen ihre Anwendung, und es hat z. B. wieder jeder Contrahent culpa levis in abstracto zu prästiren, weil beide aus dem Geschäft Vortheile haben. Im Übrigen müssen die Localgesetze und Gewohnheiten entscheiden.

Zuletzt sind noch zwei, obgleich jetzt wohl nicht mehr gebräuchliche, Arten zu erwähnen, und zwar

5) wenn der Versteller, statt dem Einsteller Vieh einzustellen, auf dessen eigenes Vieh Geld herleiht, und sich dagegen solche Vor-

---

mässigen paar Ochsen aber, sechs schöffel nach Gerichtlicher mässigung — passirt werden, die gefahr und Vnfäll deß Viehs aber, (ausserhalb mutwilliger verwahrlosung, welches dem Schuldhafften allein zuzuschreiben,) beede Contrahenten zu gleichen Theilen tragen, auch wa ferr die Früchten durch Hagel oder ander Vnglück schaden nemmen würden, solches bei erstattung der Bestantdsfrüchten in acht genommen, vnd gebührend abgeschätzet werden."

3) Württ. Generalrescr. vom 14. März 1642 (bei Reyscher, Sammlung, V. S. 419. 420): „Alß thuen Wir hiemit die Decision, wieviel einem von einem paar Ochsen oder Stier, so er auff ein Jahr lang bestandtsweiß empfangen, zubawen mit billigkeit möge zugemuthet werden, Euch Vnsern Amptleuten und Gerichten, welchen jedes Orts beschaffenheit am besten bekannt, zuertheilen gnädiglich anheim stellen, von welchen auch die Contrahenten jedesmals den Ausspruch zugewartten, doch soll auch in diesem fall die Gefahr und Vnfall des Viehs beeden Contrahenten gemein seyn."

Digitized by Google

theile ausbedingt, wie wenn er den Viehbestand, auf den er das Geld herlieh, selbst eingestellt hätte (§. 5. Ziff. 4. lit. b).

So einfach dieses Geschäft aussieht, so complicirt erscheint es bei der Subsumtion unter die Institute des gemeinen Rechts. Zunächst enthält es

a) ein Darlehn, weil der Eine dem Anderen eine Summe Geldes unter der Verbindlichkeit überläßt, solche nach einer gewissen Zeit zurückzubezahlen. Es ist aber kein unverzinsliches, sondern ein verzinsliches Darlehn, und doch werden die Zinsen nicht in derselben Gattung von Fungibilien geleistet, in welcher das Kapital hergeliehen worden ist, indem statt des Geldzinses gleich Anfangs entweder das vierwöchige Milchkalb, oder wenn der Contract auf längere Zeit geschlossen ist, die Hälfte der Nachzucht von einem oder einigen Stücken Melkvieh stipulirt ist. Nach dieser Analogie vom mutuum fallen dann auch die Gegenleistungen an Kälbern oder am Antheil der Nachzucht unter die Zinsverbote, und wenn ihr Werth die fünfprocentigen Zinsen übersteigt, so treten die bei Geldzinsen sonst vorgeschriebenen Reductionen und Strafen ein. Insofern jedoch der Darleiher an dem statt des Geldzinses ausbedungenen Fruchtantheil die ganze oder die Hälfte der Gefahr übernimmt, gebührt ihm dafür auch eine Prämie, und man kann daher das Geschäft erst dann für wucherlich erklären, wenn außer den fünfprocentigen Zinsen die Assecuranzprämie so hoch gegriffen ist, daß darin eine enorme Verletzung liegt. Zwar wird gewöhnlich angenommen, daß bei gewagten Geschäften die Grundsätze von der laesio enormis keine Anwendung leiden könnten [4]), allein es kann dieß bei der Assecuranz wenigstens nicht unbedingt behauptet werden, indem, wenn die Prämie so hoch ist, daß sie den Werth des versicherten Objekts, und noch über die Hälfte desselben weiter in sich begreift, offenbar eine enorme Verletzung vorliegt. Da nun hier die Zinsen das versicherte Objekt bilden, so kann aus dem gedachten Fundamente erst dann eine Anfechtung Statt finden, wenn er an Früchten das doppelte von den landläufigen Zinsen, und noch einmal die Hälfte über das einfache Zinsmaß hinaus bekommen hat. Insofern nun unter diesen Umständen schon sehr bedeutende Verletzungen vorgehen können, ohne daß der Einsteller vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus einen An-

4) Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 210.

Digitized by Google

fechtungsgrund hat, ist mit Recht von manchen Gesetzen das ganze Geschäft als wucherlich verboten worden [5]). Wegen seiner Kapitalforderung hat sich aber

b) der angebliche Versteller noch ein Pfandrecht ausbedungen an einem Stück Vieh des Einstellers. Gemeinrechtlich kann dieß angesehen werden als eine Hypothek an beweglicher Sache für das angeliehene Kapital. Wenn jedoch die Pfandgesetze an beweglichen Sachen nur Faustpfänder, und Hypotheken nur an Immobilien gestatten [6]), so muß dieser Gesichtspunkt wegfallen, so wie die bestellte Hypothek nach neueren Gesetzen ohnehin unwirksam ist, wenn sie nicht in das Hypothekenbuch eingetragen wurde. Es kann aber auch

c) wenn den Besitzbedingungen genügt ist, als Faustpfand angesehen werden, in der Art, daß man sich den Darleiher und Pfandgläubiger als eigentlichen Besitzer, possessor ad interdicta denkt, wie es ja der creditor pignoratitius ist, und den Schuldner als in fremdem Namen detinirend, etwa in der Eigenschaft eines Pächters, welches Verhältniß das römische Recht ausdrücklich erwähnt [7]).

Diese Vorstellung ist unserem Verhältniß am angemessensten. Der Darleiher, der sich ein Pfandrecht auf ein Stück Vieh des Darlehnempfängers ausbedingt, wird, wenn ihm der Besitz auch nicht physisch tradirt wurde, vermöge des constituti possessorii durch den letzteren eigentlicher possessor, und überläßt das in seiner possessio befindliche Stück Vieh als Versteller dem Eigenthümer als Pächter und Einsteller, und somit stehn wir wieder auf dem alten bekannten Boden des Bestandvertrags. Unser so einfach aussehendes Geschäft besteht daher aus folgenden Verträgen: 1) einem Darlehn, 2) mit dem pactum adjectum der Verzinsung, 3) dem weiteren pactum adjectum der Constituirung eines Faustpfandes, und endlich 4) mit dem Nebenvertrag eines Bestandes, respective einer Viehverstellung, mit dem Gedinge, daß das in Früchten aus der verstellten Sache zu verabreichende Pachtgeld die Zinsen des dargeliehenen Kapitals vertreten soll. Dieser richtigen Stellung nach kommen beziehungs-

5) Vgl. oben §. 10.

6) Württ. Pfand-Gesetz Art. 3. 4. 345.

7) *L.* 35. §. 1. *D. de pignoratit.* art. (13. 7): „Pignus, manente proprietate debitoris, solam *possessionem* transfert ad creditorem: potest tamen et precario, et *pro conducto debitor re sua uti.*“

Digitized by Google

weise die oben aufgestellten Grundsätze zur Anwendung, weshalb es als überflüssig erscheint, sie besonders hervorzuheben.

Endlich sind noch

6) die Immerkue der monumenta boica (§. 3. Note 2), die *boefs deserts* der burgundischen Gewohnheiten (§. 6. Nr. 7), und die gemalte oder stähelin Kuh und der Stotzen der württembergischen Landesordnung zu erklären (§. 5. Ziff. 4. lit. c).

Das erste dieser Institute bestand darin, daß der Versteller dem Einsteller eine oder mehrerer Kühe gegen eine jährliche in Erzeugnissen von Melkvieh bestehenden Rente, aber nicht auf bestimmte Jahre, sondern auf immer, d. h. wohl auf so lange überließ, bis ein Viehstand von gleicher Zahl und Werth (mit beiderseitiger Einwilligung) zurückgegeben wurde [8]).

Ohne Zweifel gieng dabei Gefahr und Eigenthum auf den Einsteller über, so daß er debitor generis wurde und nur einen Viehstand von gleicher Zahl und Werth zurückgab. Ueber die Frage: wann die Zurückgabe habe geschehen müssen? enthalten wenigstens die oben erwähnten Quellen keinen weiteren Aufschluß, als daß in einem Fall die Verstellung mit dem Tod des Verstellers aufhören soll [9]). Allein jener besondere Fall [10]) kann um so weniger zur Norm für das ganze Institut dienen, als er überhaupt das Eigene hat, daß das dort erwähnte Immerrind als Compensation für einen jährlichen schuldigen Wachszins auf Lebenslang dienen soll, und man darnach schließen müßte, das Immerrind selbst oder ein Surrogat dafür wäre niemals zurückgegeben, und das Kapital, wie bei einem Leibrentenvertrage, durch die jährliche Abgabe obserbirt worden, was gewiß nicht der Fall war. Eher wird man an die Analogie eines verzinslichen Darlehns denken dürfen, und daher behaupten können, daß die Zurückgabe auf vorherige angemessene Aufkündigung von der einen oder der anderen Parthie habe geschehen müssen. Jedoch unterscheidet sich das Institut vom Darlehn wieder dadurch, daß die Zinsen nicht in derselben Gattung von Fungibilien, woraus das Kapital besteht, sondern in Produkten aus demselben geleistet werden, und man kann daher nur behaupten, daß das Ge-

---

8) *Monumenta boica* Vol. II. pag. 45. 46.

9) *Monumenta boica* Vol. X. pag. 500.

10) Siehe oben §. 2. Note 4.

Digitized by Google

schäft ein nach Analogie vom mutuum zu beurtheilender Vertrag gewesen sey, wenn man überhaupt bei dem Alter der Quelle, in welcher dasselbe erwähnt wird, an römisches Recht denken darf. Dieser Art ganz gleich ist

7) der Fall, wenn Zugvieh gegen eine jährliche bestimmte Leistung an Feldfrüchten auf immer, so daß das Kapital niemals abgeht, eingestellt wird, welches Institut schon Chassenzeus [11]) für ein wucherliches Darlehn erklärt, indem er nach der Definition sogleich hinzusetzt:

„Et uidi quendam accusatum de usura per procuratorem regium, in ballinatu Matisconen qui circa hoc multum fuit prosequutus tanquam usurarius, et merito, nescio tamen quid inde actum scit."

Ganz vollständig als verschleiertes wucherliches Darlehn stellt es sich endlich

8) in der württembergischen Landesordnung heraus [12]), indem darnach der Versteller nicht einmal immer eine stähelin (was ohne Zweifel dasselbe bezeichnet, was Immerku oder boef desert), sondern oft auch nur eine gemalte Kuh oder einen Stotzen in den Stall stellt, um einen höheren jährlichen Kuhzins an Geld oder Naturalien zu erheben.

## Zweite Abtheilung.

## Die Viehverstellung in Verbindung mit Güterpacht. Eisernviehcontract.

### A) Mit taxationis causa gemachter Schätzung.

### §. 28.

#### 1) Natur des Geschäfts.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die gewöhnlich abgesonderten Arten der Viehverstellung, wie sie bisher abgehandelt worden sind, auch in Verbindung mit Verpachtungen von Landgütern vorkommen können [1]). Einige kommen jedoch nur in solcher Verbindung vor,

---

11) Rubr. 4. §. 23. Nr. 69.

12) S. oben §. 10.

1) Dieß erkennt auch der *Code civil* an, indem er öfter, z. B. Art. 1823. 1825, einer entgegengesetzten Verabredung gedenkt, die nicht

Digitized by Google

und von diesen soll nun noch besonders gehandelt, von den übrigen aber nur die eigenthümlichen Beziehungen ausdrücklich hervorgehoben werden, die durch eine solche Vereinigung entstehen. Die gewöhnlichste Art bildet der sogenannte Eisernviehcontract [2]), welcher darin besteht, daß bei Verpachtungen von Landgütern das auf dem Gute sich befindliche Inventar an Vieh nach vorheriger Taxation auf demselben gelassen wird, um nach Umfluß der Pachtzeit ein der Zahl, Art, und dem ersten Werth der überlassenen Stücke nach gleiches Inventar mit dem verpachteten Gute zurückzuerhalten [3]).

Wenn das Vieh mit dem Gut ohne Taxation überlassen wird, ein Fall, der durch den Begriff ausgeschlossen ist, und daher eigentlich nicht hierher gehört, der Vollständigkeit wegen aber mit ein paar Worten abgethan werden kann, so ist dieß ein reiner Pachtvertrag, und ein aliquoter Theil des für das Ganze bedungenen Zinses bildet das Pachtgeld für das überlassene Vieh, so daß nirgends etwas Eigenthümliches wahrzunehmen ist.

Bei dem eigentlich sogenannten Eisernviehcontrakt aber, wie er oben definirt wurde, ist nur das außer Streit, daß die Gefahr des Viehes auf den Pächter übergeht [4]), in Betreff alles Weiteren sind aber die Ansichten getheilt. Die gewöhnlichere Meinung der Prak-

---

leicht in etwas Anderem bestehen kann als darin, daß Eigenthümlichkeiten der Viehverstellung ohne Güterpacht in diese Verbindung hineingezogen werden können. Mit Unrecht hat daher Malblanc *de locat. conduct. pec.* §. 8 die Wendung genommen, als ob solche Viehverstellungen etwas ganz Anderes wären, die mit denen ohne Güterpacht gar nichts gemein haben könnten.

2) Vgl. G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Nr. 19. H. E. F. Bolley, Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien Nr. 5. Glück, Erläuterungen der Pandekten Thl. 17. §. 1059.

3) *Code civil* Art. 1821.

4) Stryk, U. M. P. Lib. 19. §. 8. Nr. 468. Bolley, Betrachtungen S. 212. Genauere Bestimmungen gibt auch das preuß. Landrecht nicht, indem es das ganze Institut mit der Bestimmung abfertigt (Thl. 1. Tit. 21. §. 474): „Gehört das Vieh- und Feld-Inventarium dem Pächter eigenthümlich: so trägt er auch allein jeden darin sich ereignenden Verlust §. 475. Ein Gleiches findet statt, wenn der Pächter das Inventarium als eisern übernommen hat.“

Digitized by Google

tiker ist, daß die geschehene Taxation zwar den **Zufall** auf den Pächter übertrage, der Verpächter aber Eigenthümer der Sache verbleibe, und daß überhaupt sonst am Pachtverhältniß nichts geändert werde, wenn nicht die Absicht, einen Kaufvertrag einzugehen, bestimmt erklärt sey (aestimatio texationis causa facta [5]), und diese Ansicht ist der Idee des Instituts gemäß und in den deutschen Gewohnheiten gegründet. Mag daher immerhin auf den Grund des römischen Rechts behauptet werden, die aestimatio sey im Zweifel als venditionis causa geschehen anzunehmen, wie dieß von vielen Schriftstellern wirklich behauptet wird [6]), so ist doch diese, übrigens nicht einmal außer Zweifel gesetzte [7]) Vorschrift des römischen Rechts durch consuetudo deragatoria als aufgehoben zu betrachten, welche Behauptung auch insbesondere durch die französischen Gesetze und Gewohnheiten unterstützt wird [8]).

---

5) Stryk, U. M. P. Lib. 19. §. 9. Leiser, jus georg. Lib. 2. cap. 14. Nro. 47. pag. 327. Hommel, Rhapsodia quaest. for. Vol. 3. obs. 432. Malblanc, de locat. cond. pec. §. 8. Schweppe, röm. Privatrecht §. 430 a.

6) Man stützt sich hauptsächlich auf *L. 3. D. locat. cond.* (19. 2). Vgl. Volley, Betrachtungen Nr. 5. Böhmer, Rechtsfälle Nr. 19. S. 155. Glück, Commentar Thl. 17. §. 1059. Note 39.

7) Für die gegentheilige Meinung, daß auch schon nach römischem Recht die aestimatio im Zweifel als taxationis causa geschehen zu betrachten sey, läßt sich außer dem Grundsatz, daß Veräußerungen nicht vermuthet werden, auch noch die *L. 69. §. 7. D. de jure dot.* (23. 3) anführen, wo es heißt: „Cum res in dotem aestimatae, soluto matrimonio, reddi placuit, *summa declaratur, non venditio contrahitur.*" Doch ist mit der Analogie der dos; worauf die L. 3. Loc. cit. ausdrücklich hinweist, wenig gewonnen, weil dabei derselbe Streit obwaltet, und für das Gegentheil auch nicht unerhebliche Stellen angeführt werden können.

8) Nach den französischen Gewohnheiten hat der Verpächter das Vindikationsrecht während bestehenden Vertrags, was mit dem Verkauf in directem Widerspruch steht (vergl. oben §. 20). Deshalb ist auch dieser Satz vom *Code civil* gesetzlich sanctionirt worden Art. 1822: „L'estimation du cheptel donné au fermier *ne lui en transfère pas la propriété, mais neanmoins le met à ses risques.*" Vgl. Pothier l. c. Nr. 66. A. M. Chassenaeus, Rubr. 4. §. 23. Nr. 59.

Digitized by Google

Die Lage der Sache ist dem deutschen Recht gemäß diese. Wie der Einsteller bei der Viehverstellung als Bestandvertrag keine Gefahr am eingestellten Vieh trägt, weil er keinen Nutzen dafür hat, wie er beim contractus socidae die Hälfte der Gefahr trägt, weil er dafür die Hälfte an der Nachzucht und Werthserhöhung erhält, ohne deshalb Eigenthümer zu werden, wie er ferner bei der Viehverstellung als Societät keine fremde Gefahr trägt, wenn er dafür keinen Nutzen hat, und wo er sie trägt, dafür zwar Vortheile genießt, aber in der Regel das Eigenthum nicht erwirbt, so hat er hier beim Eisernviehvertrag alle Gefahr zu tragen, weil er allen Nutzen hat, ohne deswegen Eigenthümer zu werden. Der Eisernviehvertrag erhält seine Aufklärung nicht durch die damit verbundene Güterpacht, sondern aus der Viehverstellung, wovon er eine besondere Art bildet.

Die rechtliche Stellung des ganzen Geschäfts ist demgemäß die, daß es ein Pachtvertrag des Guts cum pacto adjecto einer Viehverstellung ist, welche letztere ihrer Natur angemessen wieder eine Assecuranz in sich begreift. Wie bei sonstigen Versicherungen die versicherte Sache angeschlagen wird, so ist auch hier das überlassene Vieh taxirt worden, damit der Verpächter vom Pächter und Versicherer nach beendigtem Geschäft in Ermangelung des verstellten Viehes andere Stücke von gleicher Art und Güte, oder die Taxationssumme in Geld zurückerhalte. Die Prämie für die Assecuranz liegt in dem Empfang der ganzen Nachzucht, und überhaupt der Nutzungen, die bei der halbtheiligen Viehverstellung gemeinschaftlich werden, und in der Werthserhöhung des verstellten Viehes, welche dem Pächter und Einsteller bei dieser Art der Viehverstellung allein zu Gute kömmt. Durch letzteren Umstand erhält das Geschäft eine Beimischung aus der Societät, und man kann deshalb die Behauptung der Schriftsteller nicht ganz verwerfen, welche den Eisernviehcontract als aus Pacht und Societät zusammengesetzt ansehen [9]. Offenbar hat und behält der Verpächter und Versteller das Eigenthum bis auf den Taxationswerth, und an dem Ueberschusse bekömmt der Pächter und Einsteller das ideelle Eigenthum. Wenn demnach ein Stück Vieh zu 80 fl. angeschlagen wurde, nach einem Jahre aber 100 fl. werth ist, so hat der Verpächter daran das Eigenthum zu $^{80}/_{100}$, während es dem Pächter zu $^{20}/_{100}$ zusteht.

---

9) Runde, deutsches Privatrecht §. 201. Brauer, Erläuterungen Thl. 3. S. 830.

Sonderbar ist es, wenn manche Schriftsteller [10]), um die Eigenthümlichkeiten des Instituts aufzuklären, behaupten, es gehe zwar die Gefahr der einzelnen Stücke des überlassenen Viehes auf den Pächter über, die Gefahr der ganzen Heerde oder des ganzen Viehbestandes bleibe aber dem Verpächter, und wenn sie die Pflicht des Pächters zum Tragen der Gefahr nicht aus einem beigefügten Assecuranz- und theilweise Societätsvertrage ableiten, sondern sich die Sache so vorstellen, als ob der Pächter Eigenthümer der einzelnen Stücke werde, und als solcher auch die Gefahr derselben trage, während der Verpächter Eigenthümer des ganzen Viehbestandes als einer universitas facti bleibe, und deshalb auch in dieser Eigenschaft die Gefahr des Ganzen zu tragen habe. Diese Vorstellung ist aus mehreren Widersprüchen zusammengesetzt. Zunächst enthält es einen Widerspruch in sich, daß der Pächter Eigenthümer der einzelnen Stücke werden soll, weil durch eine solche Annahme der Unterschied zwischen der aestimatio taxationis und venditionis causa aufgehoben würde, der doch gerade darin besteht, daß bei der ersten das Eigenthum nicht übergehen soll, wohl aber bei der letzteren. Sodann enthält sie einen weiteren Widerspruch darin, daß der Verpächter nach Uebertragung des Eigenthums aller einzelnen Stücke noch Eigenthümer des Ganzen bleiben soll, indem doch dieses blos aus den einzelnen Stücken besteht. Es läßt sich zwar wohl denken, daß der Pächter als Versicherer einzelne Arten der Zufälle ausnehme, oder daß er seine Versicherung nicht auf den ganzen Viehbestand ausdehnt, nur muß man diese so einfache Lage der Sache nicht durch unnatürliche Vorstellungen verunstalten. Ohne eine ausdrückliche Erklärung des Pächters, die er vorsichtiger Weise immer hinzufügen sollte [11]), muß man ihn aber für alle Gefahren, und für den ganzen Viehbestand tenent halten, wie dieß auch die Gesetze, durch welche das Institut speziell normirt worden ist, ausdrücklich ausgesprochen haben [12]).

10) Carpzov, Jurisprudent. forens. P. 2. Const. 37. def. 18. Hommel, Rhapsod. quaest. forens. Tom. 3. obs. 432. Malblanc, de locat. conduct. pec. §. 8. Glück, Commentar Thl. 17. S. 490

11) Wie schon Stryk, U. M. P. Lib. 19. §. 8 richtig bemerkt hat.

12) *Code civil* Art. 1825: „La perte *même totale*, et par cas fortuit, *est en entier pour le fermier*, s'il n'y a convention contraire. Bad. Landrecht eod. Art. *Concept. Cod. Valdens.* Art. 1352 (bei Malblanc l. c. §. 8. Note b.

Digitized by Google

Abgesehen von der ausdrücklichen Erklärung, läßt sich aber eine Ausnahme nur dann rechtfertigen, wenn neuere Assecuranz-Gesetze gewisse Arten von Gefahren, wie z. B. Viehseuchen und feindliche Heere ausgenommen haben, oder wenn der Pächter und Versicherer das Geschäft wegen laesio enormis etc. anfechten kann. Aus diesem Grunde wird es sich unter Umständen wohl rechtfertigen lassen, daß er nicht die Gefahr des ganzen Viehbestandes übernommen habe, wenn er einen so hohen Pachtzins bezahlt, daß ihm keine angemessene Prämie aus der Nachzucht und Werthserhöhung wird, indem er doch auch nicht als Schenker angesehen werden kann, weil wider die Schenkung die Vermuthung streitet.

## §. 29.

### 2) Rechtsgrundsätze.

Wie der Pächter alle Gefahr trägt, so hat er dagegen auch allen Nutzen des Viehes an Dünger, Milch, Wolle, Arbeit, Werthserhöhung und Nachzucht [1]), und durch diese beiden Umstände unterscheidet sich die gegenwärtige Art der Viehverstellung von den meisten der vorherigen, z. B. dem Halbvieh. Ueber all diesen Nutzen kann er nach Willkühr disponiren, wie jeder andere Pächter, nur wird es sich selbst gemeinrechtlich rechtfertigen lassen, daß er den Dünger auf das verpachtete Gut verwenden muß, wenn es ohne solche Verwendung in der Hauptsache verschlechtert werden würde [2]), eine Pflicht, die ihm die neueren Gesetze ausdrücklich und ohne Einschränkung aufgelegt haben [3]).

Da der Verpächter Eigenthümer des verpachteten Viehes bleibt, der Pächter aber, wenigstens so lange als durch eine wiederholte

---

1) *Code civil* Art. 1813: „*Tous les profits appertiennent au fermier,* pendant la durée de son bail, s'il n'y a convention contraire.“ Bad. Landrecht eod. Art. *Concept. Cod. civ. Valdens.* Art. 1350 (bei Malblanc a. a. O. §. 8. Note g).

2) Arg. *L.* 25. §. 3. *D. Loc. cond.* (19. 2): „ne — deteriorem fundum faceret“

3) *Code civil* Art. 1824: „Dans les cheptels données ou fermier, *le fermier n'est point dans les profits personels des preneurs,* mais *appartiennent à la métairie,* à l'exploitation de laquelle il doit être *uniquement employé.*“ Bad. Landrecht eod. Art.

Digitized by Google

Taxation keine Werthserhöhung erhoben ist, nur persönliche Rechte wegen seiner Assecuranz-Prämie erlangt, so kann er es auch während der Pachtzeit veräußern, ohne daß letzterer, dem nur eine beschränkte Veräußerungs-Befugniß zusteht (vgl. §. 31) [4]), andere als persönliche Entschädigungs-Ansprüche gegen den Veräußerer erheben könnte. Deshalb muß es sich auch der Pächter gefallen lassen, wenn in einem Concurs des Verpächters das Vieh vor Beendigung der Pachtzeit zur Masse gezogen und im gerichtlichen Wege versteigert wird [5]), wogegen ihm seine Entschädigungs-Ansprüche gegen den Verpächter und nach Beschaffenheit der Landesgesetze auch gegen die Masse-gläubiger als Stellvertreter des Verpächters offen bleiben. Dabei versteht es sich übrigens von selbst, daß die Nachzucht und was sonst zum Nutzen des Pächters gehört, nicht mit zur Masse gezogen werden darf, so bald der Pächter durch Perception das Eigenthum daran erlangt hat, indem er von diesem Augenblick an auch das Vindicationsrecht hat. Dagegen verliert er aber auch das Eigenthumsrecht an den, dem verpachteten Vieh des Einstellers substituirten Stücken vom Augenblick der Substitution an, so daß diese auch mit zur Veräußerung gezogen werden können [6]).

Wird bei der Versteigerung des Pachtviehbestandes mehr erlöst, als die erste Taxationssumme beträgt, so gehört dieser Ueberschuß aber dem Pächter, weil ihm die Werthserhöhung für das Tragen der Gefahr ausgesetzt ist [7]). Deshalb muß man ihm auch das Recht zugestehen, der Veräußerung Einhalt zu thun, so bald die Taxationssumme erlöst ist, weil in dem Reste sein Eigenthumsantheil steckt [8]). Ja er kann sogar, da die Rechte Dritter bei einem Concurs möglichst zu schonen sind, verlangen, daß ihm das zur Bauung seines Feldes nöthigste Vieh gelassen werde, bis sich bei der Veräußerung zeigt, ob nicht die Taxationssumme schon aus dem entbehrlicheren Vieh erlöst werden kann. Ist dieß der Fall, so behält er das zu-

---

4) A. M. Malblanc. l. c. §. 8. Diejenigen Schriftsteller, welche das Geschäft durchgängig als Kauf ansehen, sind freilich auch hier anderer Meinung, können jedoch als in der Grundansicht abweichend in den einzelnen Punkten nicht als dissentirend aufgeführt werden.

5) Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Pothier l. c. Nr. 68.

6) Vgl. unten §. 30.

7) Vgl. oben §. 28. und Pothier l. c. Nr. 68.

8) Pothier a. a. O.

Digitized by Google

rückgehaltene Vieh als den Werthsüberschuß, wird aber die Taxationssumme nicht erlöst, so muß er freilich auch das zurückbehaltene noch einliefern [9]). An den Concurskosten zahlt der Pächter aber natürlich nichts, weil ja die Gläubiger nur das Recht haben, das Activvermögen des Schuldners zu veräußern, und daher dem Dritten nichts abziehen können, wenn sich am Ende herausstellt, daß sie auch einen Vermögenstheil von ihm veräußert haben [10]).

Umgekehrt hat in einem Concurs des Pächters der Verpächter das Recht, den überlassenen Viehbestand mit Inbegriff der substituirten Stücke [11]) so gut wie das verpachtete Landgut zu vindiciren, wenn es von den Gläubigern zur Masse gezogen werden wollte. Das Einzige, was er sich gefallen lassen muß, besteht darin, daß eine neue Schätzung vorzunehmen ist, um den Werthsüberschuß auszumitteln, der dem Pächter gehört, und somit an dessen Massegläubiger in Vieh oder Geld abzuliefern ist.

## §. 30.

### 3) Insbesondere Substitution.

Einer besonderen Ausführung bedarf noch die Substituirung des anderen Viehes an die Stelle des abgehenden während bestehenden Vertrags. Wenn die Pachtzeit nur auf kurze Dauer festgesetzt ist, so wird eine Substituirung nur bei besonderen Unglücksfällen oder Krankheiten nöthig werden, und deshalb davon nicht die Rede seyn. Wenn aber die Pacht auf lange Zeit eingegangen wurde, so ist es gar nicht anders möglich, als daß einzelne Stücke durch Alter rc. abgehen, und daher andere substituirt werden müssen. Um dieses Verhältniß zu erklären, muß man zunächst von den Absichten der Contrahenten ohne juristischen Beziehungen ausgehen. Der Verpächter wird bei geordneter Wirthschaft einen solchen Viehstand haben, der zur Besorgung der Cultur und zur Befriedigung der landwirthschaftlichen und häuslichen Bedürfnisse hinreicht, ohne solche zu übersteigen oder zu beeinträchtigen. Wenn er nun das Gut verpachtet, so liegt es in seinem Interesse, daß ein solcher angemessener Viehstand erhalten werde, theils um nach beendigter Pachtzeit die

9) Pothier a. a. O.

10) Pothier a. a. O.

11) Gmelin, Ordnung der Gläubiger (§. 47. der neueren Ausgaben).

Digitized by Google

erforderlichen Mittel zu haben, die ordnungsmäßige Cultur fortzusetzen, theils aber auch, damit während der Zeit so viel Dünger 2c., gewonnen werde, daß das Gut immer in gehörigem Stande erhalten werden kann. Das Interesse des Pächters stimmt darin ganz mit dem des Verpächters überein. Auch er muß wünschen den erforderlichen Viehstand immer gehörig zu erhalten, weil er ohne solchen das Gut nicht recht bauen, und somit auch den beabsichtigten Fruchtgewinn nicht machen kann. Als kluger Landwirth wird er immer calculiren, wann ein Stück des gegenwärtigen Viehstandes abgehen dürfte, und wie er es durch ein anderes zu ersetzen gedenke. Er wird deshalb mit seiner Substituirung ganz unten anfangen, und z. B. im Rückblick auf das Rindvieh, die von den gepachteten Kühen erhaltenen Kälber alsbald paaren, um durch sie dereinst ein Paar Ochsen zu ersetzen, und, wenn sie ihm nicht geeignet geworfen werden, wird er sie gegen passende vertauschen oder verkaufen, um solche, die ihm nöthig sind, dafür anzuschaffen. Dieß ist der ganz einfache Grundgedanke. Der Verpächter will immer einen Viehstand von gleicher Stückzahl und von gleicher Beschaffenheit der Stücke erhalten wissen, damit sein Gut fortwährend im rechten Stande erhalten werden könne. In diesem Umfang räumt er auch dem Pächter die Dispositions- und Veräußerungsbefugniß ein. Unbedingte Dispositions- und Veräußerungsbefugnisse (aestimatio venditionis causa) wird er dem Pächter nur dann zugestehen, wenn er ein vermögender Mann ist, gegen den er sich leicht regressiren kann. Da aber verständige Bauern, wenn sie eigenes Vermögen besitzen, es vorziehen, sich selbst anzukaufen, so werden die Pächter in der Regel wenig Vermögen haben, und der Verpächter wird nicht geneigt seyn, seinen Viehstand zu riskiren, weshalb er sich zu seiner Sicherheit das Eigenthumsrecht daran vorbehält. So ist es erklärlich, warum gewöhnlich und in dubio die aestimatio, als blos taxationis causa geschehen, nach den germanischen Gewohnheiten angenommen wurde. Ist man nun aber nach dem heutigen Standpunkt unserer Rechtsgrundsätze genöthigt, das Institut unter die römischen Formen zu subsumiren, so muß man das Mandat zu Hülfe nehmen. Der Pächter ist daher in dem bezeichneten Umfang Mandatar des Verpächters, und letzterer kann deshalb alle Veräußerungen seines Mandatars anfechten, welche über das Mandat hinaus, oder gegen dasselbe vorgenommen worden sind. Als Man-

Digitized by Google

datar substituirt der Pächter auch dem abgehenden Vieh, und da betrügliche Absichten, mithin Absichten gegen den Contract nicht vermuthet werden können, so muß man auch annehmen, daß er beim Anschaffen solchen Viehes, das nach seiner Beschaffenheit abgehendes vertreten kann, den animus zu substituiren gehabt habe. Demnach erwirbt, da ein rechtsgültiges Geschäft ohnehin vorliegt, der Verpächter durch den Pächter den Besitz und somit das Eigenthum des substituirten Viehes [1]). Freilich erhält man auf dem bezeichneten Wege ein sehr complicirtes Geschäft, es hat jedoch die Complicirtheit blos darin ihren Grund, daß man ein deutsches Institut in die römischen Formen einzwängen muß, indem es unter dem Einflusse des römischen Rechts in seiner selbstständigen Entwicklung, wie die meisten anderen deutschen Institute, gehemmt worden ist.

## §. 31.

### 4) Dauer des Geschäfts.

Die Dauer dieser Art der Viehverstellung richtet sich ganz nach der Dauer der Pachtzeit des Guts, und eben so die Aufhebung des Geschäfts [1]), wobei der Pächter so viel Vieh von jeder Art, und in dem ersten Anschlagswerth [2]) zurückgeben muß, als er überkommen hat, ohne sich durch die Bezahlung der ersten Taxationssumme davon frei machen zu können [3]). Dieß ergibt sich aus der Natur des Pachtvertrags, und insbesondere aus dem Zweck des gegenwärtigen Instituts, da der Verpächter ein großes Interesse dabei hat, das zur Cultivirung des Guts nöthige Vieh wieder vorzufinden, um nicht erst die sonst nöthigen Ankäufe abschließen zu müssen. Ein weiteres Interesse des Verpächters liegt noch darin, sein verpachtetes Vieh, wenn es noch vorhanden ist, in natura, oder bei dessen Abgang durch die Zeit wenigstens aus der Nachzucht substituirt, zurückzubekommen, weil er diese Viehraçe kennt, und wohl die Ueberzeugung hat, daß sie nicht an versteckten Mängeln leidet. Die Taxation hat daher

1) A. M. Bolley, Betrachtungen S. 216

1) Brauer, Erläuterungen Thl. 3. Tit. 8. Nr. 54. S. 630.

2) Malblanc l. c. §. 8.

3) *Code civil* Art. 1826: „A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire; *il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu.*"



Digitized by Google

hauptsächlich nur die Bedeutung, daß der Pächter diejenigen Stücke, welche aus Verschulden oder durch Zufall dem Viehbestand abgegangen sind, in Geld ersetze. So unzweifelhaft es in der ursprünglichen Intention des Verpächters lag, gerade so viele Pferde, gerade so viele Paare von Ochsen, Stieren und Kälbern, gerade so viele Kühe, Schaafe und Schweine, und dieses Vieh alles so ziemlich in demselben Alter, jeden Falls aber von derselben Güte zurückzuerhalten, so wird dieß doch auch dem vorsichtigsten Oekonomen bei irgend einem, selbst unbedeutenden, Unglück nicht gerade möglich seyn, und deshalb muß es sich der Verpächter gefallen lassen, den etwa höheren Werth einzelner Stücke bei der Rückgabe mit dem niederern Werth anderer zu compensiren, und sich damit begnügen, wenn er nur eine gleiche Zahl von Stücken der verpachteten Arten zurückbekömmt; wenn aber der gesammte Viehbestand verschlechtert worden ist, so daß die jetzige neue Taxation des Totalbestandes der ersten Taxation nicht gleich kömmt, dann hat er Ansprüche auf Vergütung und zwar zunächst durch werthvollere Viehstücke der verpachteten Arten, insofern der Pächter solches besitzt, in subsidium aber in Geld. Andere Vieharten aber, z. B. statt der bestimmten Anzahl von Ochsenpaaren mehr Kühe, braucht sich der Verpächter weder aufdringen zu lassen, noch kann der Pächter zu deren Herausgabe angehalten werden, wenn er Geldentschädigung zu leisten erbötig ist.

Wenn umgekehrt der an Sorte und Stückzahl gleiche Viehbestand bei der Rückgabe höher taxirt wird, als bei Eingehung des Vertrags, so hat zwar der Pächter nicht das Recht, Stücke aus demselben zurückzubehalten, weil er ja die gepachtete Anzahl zurück geben muß, wohl aber hat er vom Verpächter deshalb Vergütung zu fordern, die er durch einen Abzug am Pachtzins oder auf jede andere erlaubte Weise geltend machen kann, weil ja darin seine Versicherungsprämie enthalten ist [4]). Diesem allem nach gibt der Pächter das Vieh nicht nach der neuen, sondern nach der ersten Taxation zurück [5]), und die letztere gibt nur den Maaßstab dazu ab, daß der Pächter einen gleichen Werth zurückbekömmt. Die etwaigen Verschiedenheiten der Viehpreise gehören dabei aber nicht zu der über-

---

4) *Code civil* Art. 1826: „S'il y a du déficit, il (le fermier) doit le payer; et c'est seulement l'excédent qui lui appartient."

5) A. M. Bolley, Betrachtungen S. 210.

nommenen Gefahr des Pächters, sondern diese hat der Verpächter zu tragen, weil sein Anspruch zunächst nur auf eine der Zahl und Art des verpachteten Viehes gleichen Viehstand geht [6]). Aus diesem Grunde ist die neue Taxation nicht nach den gegenwärtigen Viehpreisen, sondern nach den bei der ersten Taxation herrschenden Preisen vorzunehmen, und nur die Verbesserung oder Verschlechterung, welche sich am Viehstand selbst ereignet hat, kann in Berechnung genommen werden.

### B) Mit venditionis causa gemachter Schätzung.

### §. 32.

#### 1) Natur des Geschäfts.

Ausnahmsweise und im Fall einer ausdrücklichen Erklärung kann auch der Eisernviehcontract als Kauf erscheinen, und dann haben die Schriftsteller Recht, welche solche Verpachtungen von Landgütern als aus einem Pacht und Kaufvertrag zusammengesetzt ansehen [1]). Die Annahme eines bloßen Kaufvertrags als pactum adjectum von der Güterpacht erklärt aber das Institut noch nicht vollständig, wie sich aus Folgendem ergibt. Die Absicht des Verpächters am Ende der Bestandzeit wieder einen Viehstand auf seinem Gute zu haben, gleich dem überlassenen, um das Gut ohne weitere Hindernisse sogleich wieder selbst bebauen zu können, läßt sich hier, wie im ersten Falle, nicht verkennen, da er sonst genöthigt wäre, eine große Anzahl von gerade zu seinem Zweck geeignetem Vieh auf einmal zusammen zu kaufen, was nicht nur mit Unbequemlichkeiten verbunden, sondern auch unter Umständen nachtheilig für ihn seyn kann. Damit wird der Pächter, da es nicht auf die einseitige Absicht des Verpächters ankömmt, in der Regel gleiche Absichten hegen, weil es bei weitem gewöhnlicher ist, daß Pächter den Viehstand mit

---

6) Malblanc l. c. §. 8.

1) Danz, Handbuch Bd. II. §. 201. Volley, Betrachtungen Nr. 5. S. 203—219. Böhmer, Rechtsfälle Bd. I. S. 154. 155. Nicht wohl zu begreifen ist es, wie Runde, deutsches Privatrecht §. 201. Note a. behaupten mag: „Ein Kaufcontract könne bei diesem Geschäft schon deswegen nicht zum Grunde liegen, weil die Pachtung damit im Widerspruch stehe," indem ja jeder Contract ein anderes Objekt hat.



Digitized by Google

übernehmen, als daß sie ihn sich eigenthümlich anschaffen. Nach Ablauf der Pachtzeit wird er deshalb weit leichter eine Gelegenheit finden, ein anderes Gut mit dem Viehstand zu übernehmen, als er ein solches ohne Vieh wird pachten können. Das Halten eines eigenen Viehstandes ist daher, wenn er auch eigenes Vermögen besitzt, aus mehreren Gründen für ihn bedenklich, weil er einmal nicht darauf rechnen kann, daß er gerade mit Ablauf der alten Pachtzeit ein anderes Gut als Pächter wieder beziehen kann, und daher für die Zwischenzeit in Verlegenheit kommen muß, wo und wie er sein Vieh stellen und erhalten will, und weil er sodann bei der Verschiedenheit der Landgüter in der Größe, wieder nicht mit auch nur einiger Gewißheit darauf zählen kann, daß er gerade wieder ein Gut bekommen werde, für welches sein Viehstand geeignet ist, indem es im Gegentheil vielmehr Wahrscheinlichkeit für sich hat, daß er entweder zu groß oder zu klein für das neue Pachtgut sein wird. Als Regel wird man daher ohne Bedenken behaupten können, daß beider Contrahenten Absicht auch beim Verkauf darauf gerichtet ist, das Vieh nach Umfluß der Pachtzeit zurückzugeben und zurückzunehmen. Neben Pacht und Kauf bekommen wir daher noch ein pactum adjectum *de retrovendendo*, und das Institut erscheint daher nicht minder complicirt als im ersten Fall, wo wir Pacht, Assecuranz mit Societät verbunden, und Mandat annehmen mußten.

## §. 33.

### 2) Rechts-Grundsätze.

Unter dieser Voraussetzung wird der Pächter als Käufer, Eigenthümer des Viehes und trägt als solcher die Gefahr. Der Uebergang des Eigenthums auf ihn unterliegt auch keinem Anstand, da ja der unzweifelhaften Absicht des Verpächters und Verkäufers gemäß, wegen des Kaufpreises erst am Ende der Pachtzeit die nöthige Berechnung und Ausgleichung vorkommen soll, und daher derselbe jeden Falls als credidirt erscheint [1]. In gedachter Eigenschaft kann der Pächter auch das Vieh veräußern, ohne daß dem Verpächter ein Vindikationsrecht zuständе, weshalb letzterer auch im Concurse seines Pächters wegen des Kaufpreises kein Absonderungs-

1) §. 21. J. de rer. divis. (2. 1).


Digitized by Google

recht hat [2]), gleichwie umgekehrt in einem Gante des Verpächters die Massegläubiger des Cridars nur den Kaufpreis einfordern, oder, wenn sie die Pachtzeit aushalten wollen, verlangen können, daß ihnen das Vieh zurückverkauft werde. Letzteres kann der Verpächter nach Verfluß der Pachtzeit überhaupt fordern, und ist nicht verbunden, die Taxationssumme als Kaufpreis anzunehmen, Rechte, die jeder ansprechen kann, der etwas unter einem pacto de retrovendendo verkauft hat. Ueber den Preis, in welchem zurückverkauft wird, kömmt die gemeinrechtliche Streitfrage zur Sprache, und da ist es denn richtiger, daß die neue Taxation als der Rückkaufspreis angesehen wird [3]), weshalb für den Fall, wenn die jetzige die frühere Taxation übersteigt, der Verkäufer und Verpächter den Ueberschuß hinausbezahlen muß, während er umgekehrt, wenn die neue Taxation geringer ausfällt als die frühere, den Ueberschuß nachzufordern hat, ein Umstand, wodurch sich die gegenwärtige Art des Eisernviehcontracts von der vorhinigen unterscheidet.

Endlich ist noch wieder die Frage zu untersuchen, ob der Eisernviehvertrag in der einen oder der anderen Auffassung nicht wider Recht und Billigkeit anstoße [4]) und diese Frage muß abermals verneint werden. Man hat das Wucherliche des Vertrags darin finden wollen, daß man behauptet hat, der Verpächter nehme für ein mit Vieh versehenes Gut einen höheren Pachtzins, als für ein Gut ohne solches, und in diesem höheren Pachtzins lägen die wucherlichen Zinsen für das Vieh, welches dem Pächter als Darlehn überlassen sey. Allein der Vertrag ist ja nach der bisherigen Darstellung kein Darlehn, sondern entweder Pacht oder Kauf, und wenn sich der Verpächter einen höheren Pachtzins ausbedingt, so hat der Pächter dafür auch einen größeren Nutzen. Wenn man ferner eine Unbilligkeit darin hat finden wollen, daß der Pächter mit der Gefahr belastet wird, so hat er dafür auch den Vortheil von dem Vieh, und es ist sehr billig, daß wer den Vortheil von einer Sache zieht, auch die Gefahr trägt. Zwar wendet man dagegen ein, daß er diesen Vortheil eigentlich doppelt bezahle, weil er durch sein Risico schon aufge-

2) Volley, Betrachtungen S. 213 – 19.

3) Volley, Betrachtungen S. 210. Malblanc l. c. §. 8. Glück, Commentar, Thl. 17. S. 488.

4) Vergl. darüber: Pothier l. c. Nr. 70.

Digitized by Google

wogen werde, und er doch überdies noch ein höheres Pachtgeld bezahle. Allein dies ist nicht so ganz richtig. Wenn man Vortheil und Last genau gegenüber stellt, so compensiren sich Wartung, Fütterung und Pflege (denn die Einstellung geschieht in der Regel im Stalle des Verpächters) mit Milch, Dünger und Arbeit des Viehes. Für Nachzucht und Wolle bezahlt er den höheren Pachtzins, und für die Gefahr hat er den erhöhten Werth des Viehes, die sich schon allein gegeneinander ausgleichen können. Dazu kömmt aber noch ein anderer Vortheil. Wenn sich der Pächter das Vieh selbst anschaffen muß, so hat er ein Kapital anzulegen, aus dem er die Zinsen gewinnen will, während er bei vorliegenden Verhältnissen das Surrogat für die Zinsen genießt, ohne ein eigenes Kapital aufgewendet zu haben. Damit soll jedoch nicht geläugnet werden, daß der Pächter unter Umständen verletzt seyn kann, wenn er zu hoch pachtet, ein Umstand, der aber bei jedem Geschäft eintreten kann, und nicht in der Natur der Geschäfte, sondern in anderen Veranlassungen seinen Grund hat.

### C. Die Viehverstellung in Verbindung mit Theilpacht.

### §. 34.

Gleichwie die Viehverstellung mit einer Güterpacht gegen baares Geld vorkömmt, so kann sie auch mit einer Theilpacht von Feldgütern vorkommen, und dann leiden die obigen Grundsätze von der einfachen Viehverstellung (dem Theilvieh) ihre vollkommene Anwendung[1]) und fallen mit den Grundsätzen von der Theilpacht bei Landgütern ganz zusammen, indem ja davon die Grundsätze abstrahirt werden mußten. Der besondere Einfluß den die halbtheilige Pacht auf die halbtheilige Viehverstellung ausübt, besteht hauptsächlich darin, daß sich die Dauer der letzteren nach der ersteren richtet[2]). Da hier der Einsteller die Stallung und Fütterungskosten nicht aus eigenen Mitteln, sondern aus dem Pachtgut prästirt[3]), so läßt es sich rechtfertigen, daß er dem Verpächter einen verhältnißmäßig grö-

---

1) *Code civil* Art. 1830. »Il est d'ailleurs soumis à toutes les regles du cheptel simple«.

2) *Code civil* Art. 1829. „Le cheptel finit avec le bail à métairie".

3) Wohl aus diesem Grunde bestimmt der *Code civil* Art. 1828. „On peut stipuler qu'il (le bailleur) aura la moitié des laitages".

Digitized by Google

ßeren Antheil an dem sonst gemeinschaftlichen Fruchtgenuß aus dem Vieh überläßt, oder die Vortheile an Milch u. s. w., welche er sonst allein bekömmt, mit demselben zur Hälfte abtheilt [4]), insbesondere wenn man hinzunimmt, daß er dabei noch die meisten Vortheile hat, welche bei der Eisernviehverstellung dem Pächter zu Theil werden. Doch beläuft sich dieser Vortheil nicht so hoch, daß man ihm die ganze Gefahr des Viehes auflegen könnte [5]) und der Code civil hat auch hier die Inconsequenz der einfachen Viehverstellung beibehalten, daß er dem Versteller den Untergang des ganzen Viehes aufbürdet, während die theilweise zufällige Vernichtung oder Verschlechterung von beiden zu gleichen Theilen getragen wird [6]), welche letztere Bestimmung als der Natur des Instituts angemessen, durchweg hätte angenommen werden sollen.

Die noch mögliche, aber heutzutag schwerlich mehr vorkommende Verbindung der Viehverstellung mit der Ueberlassung eines Dotalguts [7]) kann nach der bisherigen Ausführung keine besonderen Schwierigkeiten mehr darbieten, und es wurde deshalb eine Ausführung darüber für überflüssig erachtet, um den bisher schon nicht ganz vermeidlichen Wiederholungen überhoben zu seyn.

---

4) Daraus erklären sich die Bestimmungen des *Code civil* Art. 1828. „On peut stipuler que le colon delaissera au bailleur sa part de la toison à un prix inferieur à la valeur ordinaire, que le bailleur aura une plus grande part du profit; qu'il aura la moitié des laitages etc.

5) *Code civil* Art. 1828. „Mais on ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte".

6) *Code civil* Art. 1827. „Si le cheptel périt en entier, sans la faute du colon, la perte est pour le bailleur".

7) Curiositatis causa sey's bemerkt, daß Chassenaeus die Viehverstellung unter den pecuniae dotales abhandelt.

Digitized by Google

# XI.

# Einige Fragen, Actiengesellschaften betreffend.

Von

**Dr. Treitschke,**

Appellations-Rath in Dresden.

---

## Einleitung.

Die jetzt so häufig angewendete Form industrieller Association, welche man Actiengesellschaft oder Actienverein nennt, bedarf mehr als irgend ein andres Rechtsverhältniß, die Wechsel ausgenommen, der Ordnung und Regelung durch Landes-Gesetze, weil es, wie jene, unserm gemeinen positiven, d. h. dem römischen Recht, gänzlich fremd ist, dabei aber so Vieles enthält, was denen, die damit umgehen, in seinem Wesen, seiner rechtlichen Bedeutung und Wirkung noch nicht völlig klar ward und manchen Juristen in Verlegenheit setzt über den Platz, den er dem ganzen Institute in einem organischen Rechtssystem anzuweisen habe. Gleichwohl hat sich die Gesetzgebung der deutschen Länder diesem Gegenstande noch sehr wenig zugewendet [1]. Dies mag wohl seinen Grund großentheils darin haben, daß ein jeder solcher Verein sich eigene Statuten zu entwer-

---

1) Es besteht zwar in bergbautreibenden Ländern oft eine sehr ausgebildete Legislation über die bergmännischen Gewerkschaften. Aber so ähnlich auch diese Anstalten in manchen Beziehungen den Actiengesellschaften sind, ja so gewiß sie, wären sie nicht durch specielle Gesetze geregelt, diesen gleich zu beurtheilen sein würden, so beruhen doch eben diese Gesetze auf zu eigenthümlichen Gründen und Rücksichten, als daß von ihrer analogen Anwendung auf andre Actienvereine die Rede sein könnte. Es bedarf denn auch wohl kaum umgekehrt der Bemerkung, daß nichts von dem im Folgenden Gesagten die gesetzlich geordneten Gewerkschaften angeht.

Digitized by Google

sen und deren Bestätigung bei der Staatsregierung zu suchen pflegt, wodurch denn diese allen Zweifeln vorgebeugt zu haben und der Einführung allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen überhoben zu sein glaubt. Es scheint mir jedoch nicht, daß dem Mangel derselben auf diese Weise genügend abgeholfen werde. Denn diese Statuten sind gemeiniglich nichts weniger als erschöpfend. Sie enthalten meist eine Menge Anordnungen über einzelne denkbare Vorkommnisse, selten aber allgemeine Grundsätze über das Wesen des obwaltenden Rechtsverhältnisses, von denen geleitet, man in der immer noch unendlichen Menge nicht ausdrücklich vorgesehener Verwickelungen sich zurecht finden könnte. Dieses Wesen der Sache haben die Verfasser häufig als bekannt vorausgesetzt und oft nur das, was ihrer Meinung nach aus den gemeinrechtlichen Grundsätzen nicht folgte, gleichwohl aber von ihnen beliebt wurde, in die Statuten aufgenommen. Es zeigt sich aber fast bei jeder außer dem Kreise dieser positiven Einzelbestimmungen auftauchenden Frage, so wie nicht selten bei der Auslegung dieser Bestimmungen selbst, daß man eben über jene Grundsätze nichts weniger als einig ist. Ja wenn man absieht von den rein administrativen Anordnungen in den Statuten und bloß die rein rechtlichen Bestimmungen darin ins Auge faßt, so läßt sich vielleicht behaupten, daß durch sie schon mehr Streitigkeiten hervorgerufen als vermieden worden sind.

Eine Aushilfe bei Lücken in der Gesetzgebung gewährt sonst wohlthätigerweise das sogenannte Juristenrecht. Eine Anzahl gleichförmiger Entscheidungen gewisser Fälle belehrt über die Ansichten der bewährtesten Rechtskenner von der rechtlichen Nothwendigkeit dieses oder des andern Satzes und dient so der Cautelarjurisprudenz zum Anhalt und zur Richtschnur, so wie als Gerichtsbrauch spätern Entscheidungen zur Grundlage. Aber auch hieran fehlt es in dieser Lehre fast ganz. Nicht nur ist die Vergangenheit unsers Instituts in Deutschland noch zu kurz, als daß eine Vertrauen einflößende Menge von Rechtssprüchen angewachsen sein könnte; es ist auch wenig Hoffnung vorhanden, sie so bald auf einigermaßen befriedigende Weise vermehrt zu sehen. Der Grund liegt in einer Eigenthümlichkeit der meisten Statuten der Actienvereine. Es müssen nehmlich nach diesen alle im Innern des Vereins, unter den Actionärs, zwischen diesen und dem Directorium, zwischen dem Verein und seinen Beamten, entstehende Streitigkeiten durch Schiedsgerichte,

Digitized by Google

von denen keine Appellation zulässig ist, entschieden werden, und Streitigkeiten des Vereins mit andern Personen können wenigstens, wenn diese damit einverstanden sind, auf dieselbe Weise Erledigung finden, was auch, vermöge der sehr Vielen, besonders den Kaufleuten, eigenen Scheu vor weitläuftigen Processen, gewöhnlich geschieht. Die Sprüche solcher Schiedsgerichte sind aber sehr wenig geeignet, die Urtheile der Dicasterien und Gerichtscollegien in der fraglichen Beziehung zu ersetzen. Dies liegt in ihrer Zusammensetzung, die immer so angeordnet ist, daß von jeder Partei ein Schiedsmann und dann von beiden Schiedsmännern ein Obmann gewählt wird. Es ist schon ein Uebelstand, daß diese Schiedsmänner meist nicht entweder sämtlich Juristen oder sämtlich Gewerbsleute seyn müssen. Denn ist nicht eins von beiden zufällig der Fall, so hängt es davon ab, welcher Classe die Mehrheit angehört, ob ein juristisches Urtheil oder ein kaufmännisches Parere zu Tage kommen soll. Auf wie verschiedenen Grundlagen aber diese beiden Arten von Gutachten gewöhnlich beruhen, ist bekannt. Die Gewerbsleute pflegen mehr die Nützlichkeit und eine gewisse, oft sehr schwankende, Billigkeit, die Rechtsgelehrten mehr das, was sie für strenges Recht oder dessen Analogie halten, ins Auge zu fassen. Doch dies ist noch das Geringste. Die Schiedsgerichte sind auch selten unpartheiisch. Jede Partei wählt natürlich, wo möglich, einen Mann, von dessen für sie günstigen Ansichten sie sich schon vorher überzeugt hat, und kann diese Klugheitsmaßregel um so weniger unterlassen, je mehr sie von der Gegenpartei dieselbe Politik erwarten muß. Alles hängt also vom Obmann ab, durch welchen eine Majorität zu Stande kommen muß. Da nun Jedem natürlich ist, seine Meinung gern durchsetzen zu wollen, mithin einen ihr zugethanen Obmann zu wünschen, so kommt es, wenn der Eine Jemand dazu vorschlägt, darauf an, ob dessen Ansicht auch dem Andern bekannt ist und ob er, wenn er sie nicht kennt, nicht irgend einen Grund hat, dem Andern in einer Sache, die er sonach für gleichgiltig halten muß, gefällig zu sein. Dergleichen Gründe giebt es aber im geselligen Leben gar so viel und mancherlei. Schlagen beide Schiedsrichter jeder eine Person zum Obmann vor, so wird im gleichen Falle nur der größere oder geringere Einfluß entscheiden, den der Eine auf den Andern aus dergleichen Gründen zu üben vermag, zumal da nothwendig Ein Theil hierin nachgeben muß, wenn das

Digitized by Google

Schiedsgericht überhaupt bestellt werden soll. Obschon nun hier gar nicht von Parteilichkeit des eigenen Interesses, sondern lediglich von der vorgefaßten Meinung die Rede ist, so leuchtet doch von selbst ein, wie wenig die Sprüche solchergestalt besetzter Gerichte als Ausdrücke allgemeiner Rechtsansichten gelten können, da auf diese Weise eine Partei es in den Händen haben kann, einer Ansicht, der vielleicht nur zwei Menschen unter vielen Tausenden huldigen, für sich den Sieg zu verschaffen, und die Entscheidung immer schon durch die Ernennung der Richter im Voraus bestimmt, diese aber so sehr den Parteieinflüssen unterworfen ist. So wie daher das Institut der Schiedsgerichte bei Actienvereinen vermöge dieser seiner unausbleiblichen Gestaltung im Leben als an sich höchst verwerflich und zweckwidrig sich darstellt, so ist es auch ganz ungeschickt zu Bildung eines Gewohnheitsrechts und steht vielmehr dem Aufkommen eines solchen geradezu im Wege.

Bei dieser Lage dürfte es um so weniger überflüssig sein, praktisch hervorgetretene Fälle, bei denen sich Verschiedenheit der Ansichten geäußert hat, auf literarischem Wege vor den Richterstuhl der Gesamtheit deutscher Juristen zu bringen. Der folgende Aufsatz ist ein Versuch hierzu. Da ich mir aber zugleich erlaubt habe, meine Meinungen darüber beizufügen, welche sämtlich aus der Grundansicht quollen, die ich von dem ganzen Institute der Actiengesellschaften gefaßt, so halte ich für nothwendig, diese vorher kurz darzulegen.

Wie schon der Name andeutet, kann die Theorie dieses Rechtsverhältnisses keine andre Grundlage haben, als die der Societät überhaupt. Denn es beginnt mit dem Zusammenschießen von Kapital zu Betreibung eines auf Gewinn, der unter die Beitragenden getheilt werden soll, berechneten Geschäfts, und darin besteht das Wesen der Erwerbsgesellschaft. Doch zeigt sich auch sofort das Eigenthümliche, daß jeder Theilhaber von Anfang sich bescheidet, als solcher an der Führung des zu unternehmenden Geschäfts keinen Antheil zu haben, und diesfalls kein anderes Recht in Anspruch nimmt, als bei der Erwählung derjenigen, denen solche Führung anvertraut werden soll, mitzustimmen und sich mit den übrigen Theilhabern von ihnen seiner Zeit Rechnung ablegen zu lassen; wogegen auch Einverständniß darüber herrscht, daß keiner ein Mehres, als was er nach der Verabredung einzuschießen hatte, verlieren, keiner zu Bezahlung der Vereinsschulden aus seinem übrigen Vermögen

Digitized by Google

angehalten werden könne. Diese Merkmale sind nun die nehmlichen, welche auch das Wesen eines andern sonst häufig vorkommenden Rechtsverhältnisses ausmachen, desjenigen, welches man Commandite nennt [2]). Man kann also insoweit wohl sagen, daß jeder Actionär zum ganzen Verein in demselben Verhältnisse stehe, wie der Commanditist zu demjenigen, welchem er sein Capital gegen Bewilligung eines Gewinnantheils dargeliehen hat. Dem steht auch nicht entgegen, daß in letzterm Verhältniß der Erborger allemal Eine Person ist, oder auch es Mehre sind, welche das Geschäft dergestalt auf ihren Namen und für ihre Rechnung führen oder führen lassen, daß sie für die dabei contrahirten Verbindlichkeiten persönlich und mit ihrem ganzen Vermögen haften. Denn es liegt eben in der Idee der Actiengesellschaft, daß der Verein im Ganzen diese Person bilde, und kein andres Vermögen, als das durch die Einschüsse der Actionäre zusammengebrachte, von dem Geschäfte in Anspruch genommen werde. Daß dies die Absicht der zusammentretenden Actionäre ist, kann gewiß nicht geleugnet werden; ob sie Einfluß äußern könne auf die Rechte Andrer, mit denen der Verein contrahirt, ist eine der unten aufzuwerfenden Streitfragen; das Wesen der unter jenen bestehenden Verabredung kann durch deren Beantwortung in keinem Fall unmittelbar eine Aenderung leiden.

Es hat aber der im engern Sinne sogenannte und hier allein in Rede stehende Actienverein noch eine andre Eigenthümlichkeit, welche ihn allerdings von der Commanditengesellschaft wesentlich unterscheidet. Zu seinem Wesen wird nehmlich gerechnet, daß jeder Actionär seine Actie, d. h. seinen Anspruch auf Gewinnantheil und sein Recht auf Rechnungsablegung, so wie sein Stimmrecht in den Generalversammlungen willkürlich zu veräußern und auf den ersten besten Andern zu übertragen befugt ist. Diese Freiheit pflegt einem Commanditisten nie zugestanden zu werden, weil es dem

---

2) Frei (Themis II. S. 383 f.) will daher den Commanditisten gar nicht Socius genannt wissen. In verbis simus faciles; seine Rechtsverhältnisse sind unzweifelhaft. Es scheint mir jedoch Affectation, seine Klage auf contractmäßige Theilung des Gewinns nicht actio pro socio nennen zu wollen, da es am Wesen der Societät nichts ändert, wenn der Eine nicht durch Mitarbeit, sondern nur durch sein Kapital den Gewinn erzeugen hilft.

Digitized by Google

Geschäftsinhaber, der von ihm das Capital aufnimmt, zuwider sein muß, einem jeden Dritten und wohl gar einer gar nicht zu berechnenden Zahl von solchen, nach einander, die Einsicht in seine Geschäftsführung und in seine Bücher verstatten zu sollen. Hingegen würde die Actiengesellschaft, wenn jenes Recht wegfiele, den mächtigsten Reiz entbehren, der die Capitalisten treibt, sich ihr anzuschließen. Es kann dieß hier auch Niemanden verletzen oder belästigen, weil nicht das persönliche Vermögen der Geschäftsführer (außer, insofern sie selbst Actionäre sind, theilweise), sondern das Gesammtvermögen des Vereins, wovon jede Actie eine bestimmte Quote gebildet hat, die Grundlage des Geschäfts ausmacht, und weil bei der großen Menge der Theilhaber ohnehin bei der Geschäftsführung und Verwaltung eine gewisse Publicität nicht zu vermeiden ist.

Endlich unterscheidet sich der Actionär noch dadurch von jedem andern Socius, daß er nicht, wie dieser, unter gewissen Umständen, ja in der Regel, willkürlich zu jeder Zeit, sondern vielmehr für sich allein gar nicht, auf Auflösung der Societät dringen kann. Der Nutzen dieses Rechts wird jedoch, wenigstens so lange die Actien an den Mann zu bringen sind, vollkommen durch jenes Recht der freien Veräußerung der Actien ersetzt. Denn hierdurch erhält der Actionär, zwar vielleicht nur annähernd und ungefähr, dafür aber auch ohne alle Weitläuftigkeiten und Schwierigkeiten eines judicii pro socio und communi dividundo, eben so viel, als bei Auflösung und Liquidirung des Geschäfts präsumtiv auf seinen Antheil fallen würde.

Dieses dürften die eigentlichen Grundzüge des Wesens der Actienvereine sein. So weit die hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten nicht eingreifen, ist und bleibt er eine Societät, wie jede andere, und wird also auch nach den von diesen geltenden Rechtsgrundsätzen, namentlich auch, sowohl in Rechtsverhältnissen unter den Theilhabern, als nach außen hin, nach dem römischen Recht, so weit es überhaupt auf Verhältnisse dieser Art Anwendung leidet, zu beurtheilen sein.

## I.

## Von den Wirkungen der Veräußerung nicht bezahlter Actien.

Sobald ein Actionär den Betrag seiner Actie an den Verein eingezahlt oder eine solche, auf welche derselbe bereits eingezahlt ist,

Digitized by Google

erworben hat, kann über die rechtlichen Folgen, welche entstehen, wenn er dieselbe veräußert, kein Zweifel obwalten. Er tritt dadurch aus allen Verhältnissen zu dem Verein und der Erwerber der Actie an seine Stelle. Seitdem es aber aufgekommen ist, daß man, theils um die Actien schnell an den Mann zu bringen, theils um die Gelder nicht früher, als sie angewendet werden können, verzinsen zu müssen, Erleichterung der Einzahlung gewährt, indem man nur einen Theil des Einschusses gleich bei Errichtung des Vereins, den Überrest aber nach und nach in Fristen einfordert, seitdem ist über jene Folgen Streit erhoben worden.

Niemand zweifelt, daß die Veräußerung das Aufhören aller Rechte gegen den Verein nach sich zieht und diese ohne Einschränkung auf den Erwerber übergehn. Es kann auch hierbei keinen Unterschied machen, ob die Actien oder die statt derselben bei noch nicht erfüllter Einzahlung gewöhnlich gegebenen Promessen oder Interimsscheine nominativ oder auf Briefsinhaber gestellt sind, da im erstern Fall die in der Absicht der Veräußerung geschehene Uebergabe diese an den Besitz der Actie geknüpften Rechte überträgt, im letztern das hinzukommende Indossament die gleiche Wirkung hervorbringt. Es fragt sich aber, ob mit den Rechten auch alle Verbindlichkeiten auf den Erwerber übergehn, ob der Veräußernde durch die Veräußerung aller Haftung für den noch nicht eingezahlten Rest der Einlage sich entschlagen und der Verein in Folge derselben sich ausschließlich an den Erwerber deßhalb halten könne? In Frankreich haben Pardessus [1]), so wie Malpeyre und Jourdain [2]) diese Frage bejaht; es ist ihnen aber von Persil und du Brena, von jenem mehr aus Gründen der Gesetzgebungspolitik, von diesem aus rein juristischen, widersprochen worden [3]). Obwohl letztere aus dem Code civil hergenommen sind, so finden sie doch im römischen Recht die gleiche Unterstützung. Vincens [4]) getraut sich nicht, die Haftung des Actionärs nach Veräußerung der nicht ganz bezahlten Actie zu behaupten, weil kein Gesetz dafür spreche.

---

1) Cours de droit commercial, No. 1043.

2) Traité des sociétés commerciales, No. 278.

3) s. Schiebe, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1838, S. 574. und dessen Lehre von den Handelsgesellschaften, Leipzig 1841, S. 162.

4) Exposition raisonnée de la législation commerciale, T. I. p. 329 f.

Digitized by Google

In manchen Statuten deutscher Vereine ist ausdrücklich bestimmt, daß der ursprüngliche Zeichner einer Actie bis zu einem gewissen Theile des Betrags, aller Veräußerungen ungeachtet, persönlich verbunden bleibe und davon nicht entlassen werden könne. Die preußische Regierung pflegt die Aufnahme einer solchen Bestimmung zur Bedingung der Bestätigung zu machen. Sie kann hierbei leicht nur die Absicht haben, theils Streitigkeiten vorzubeugen, theils dem Vereine das Recht der Entlassung, aus Fürsorge für die Gläubiger desselben, so weit zu entziehen, womit noch nicht entschieden ist, ob er den veräußernden Actionär weiterer Zahlungen entlassen müsse. Da aber diese Clausel gewöhnlich nicht so gefaßt wird, daß der Zeichner nur so weit persönlich hafte, so scheint sie anzudeuten, daß die gemeine Meinung dafür sei, es würde ohne dieselbe mit dem Besitz der Actie jede Verpflichtung aus dem ursprünglichen Beitritt aufhören. Wäre aber obige Frage zu verneinen, so würde in dieser Clausel vielmehr eine Beschränkung, als eine Ausdehnung der aus der Natur der Sache folgenden Verbindlichkeit zu finden sein.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß der Verein, falls er nicht durch ein Statut der gedachten Art daran behindert ist, völlige Freiheit hat, jeden einzelnen Actionär seiner Verpflichtung gegen ihn zu entheben und einen andern Schuldner an seiner Statt anzunehmen. Nur wird zu einem solchen Beschlusse, dafern er nicht durch die Statuten ausdrücklich nur von der Mehrheit der Stimmen abhängig gemacht ist, Einstimmigkeit aller Actionäre erforderlich sein, weil jeder Einzelne als allen Übrigen verpflichtet anzusehen ist und Keiner das Recht des Andern durch seinen Verzicht aufheben kann. Ob es für die Gesetzgebung, im Interesse der Gläubiger des Vereins, empfehlungswerth sei, diese Freiheit zu beschränken, ist eine nicht hieher gehörige Frage. Wo eine solche Beschränkung nicht stattfindet, da werden solche Delegationen nur nach den Grundsätzen des Paulianischen Edicts, insofern sie zu Hintergehung der Vereinsgläubiger unternommen worden wären, von diesen anzufechten sein.

Eben so wenig zweifelhaft ist es aber auch, daß ohne solche Einwilligung des Vereins die bloße Übertragung der Rechte aus der Actie auf einen Andern Befreiung von den bei ihrer Erwerbung übernommenen Verbindlichkeiten nicht wirken kann. Man braucht sich deßhalb gar nicht auf das neue römische Recht, welches aus-

Digitized by Google

drückliche Entlassung des alten Schuldners zur Novation erfordert [5]), zu berufen; schon nach altem muß wenigstens eine Handlung des Gläubigers, die den animus novandi zum Grunde habe, vorhanden sein [6]), und schon die Rechtsphilosophie duldet nicht, durch Verträge die Rechte einer Person, welche dabei nicht mit thätig gewesen ist, für gemindert zu achten. Es kommt also darauf an, ob eine solche Einwilligung des Vereins schon deßhalb als vorausertheilt angenommen werden könne, weil die Actien oder Promessen auf Briefsinhaber oder, wenn nominativ, doch auf freie Ordre lauten?

Ich kann nun nicht glauben, daß hierin ein Mehres als die ungebundene Übertragbarkeit der erworbenen Rechte liege oder aus dieser eine gleiche Freiheit in Abwälzung der übernommenen Obliegenheiten gefolgert werden könne. Dieß um so weniger, je weniger bei dem Verein die Absicht vorauszusetzen ist, ein Rechtsverhältniß einzugehn, wodurch, wie nicht zu verkennen ist, das ganze Bestehen und Gedeihen seiner Unternehmung im höchsten Grade gefährdet würde. Wäre die Verbindlichkeit zu Erfüllung des Einschusses gleichsam als in rem scripta, als lediglich an dem zeitweiligen Besitz der Actie oder Promesse haftend, anzusehn, so würde dem Verein zu dessen Eintreibung kein andres Mittel bleiben, als der Androhung des Verlustes der Actie bei Säumnissen in der Zahlung. Denn die jedesmaligen Inhaber der Actien sind, eben wegen der freien Übertragbarkeit derselben, den Verwaltern der Vereinsangelegenheiten meist gar nicht bekannt; und sind sie es zufällig in einem gegebenen Moment, wie etwa durch ihr Erscheinen bei einer Generalversammlung, so können sie doch, unter jener Voraussetzung, durch Veräußerung der Actien jede andre Zwangsmaßregel gegen sich vereiteln. So lange nun die Actien gesucht sind und wenigstens pari stehen, ist jenes Mittel wirksam genug und zu Deckung des Vereins ausreichend. Dieser kann dann durch Weiterverkauf der durch Säumniß verwirkten Actie leicht einen andern Schuldner sich verschaffen. Sobald aber die Nachfrage nach den Actien sich mindert oder gar aufhört, sobald sie auf der Börse unter Pari zu haben sind, muß der Verein durch jeden Verzug in den Einzahlungen Schaden leiden, ja kann dadurch in die größte Verlegenheit kommen.

---

5) const. 8. C. de novat. 8. 42. §. 3. J. quib. mod. obl. toll. 3. 30.

6) fr. 8. §. 5. D. de novat. 46. 2.

Digitized by Google

Und wie leicht kann dieser Fall eintreten durch Fehlschlagen der ersten Unternehmungen, durch nicht sofort zu überwindende Schwierigkeiten, die sich den Operationen entgegenstellen, ja ohne alles dieses schon durch Überhäufung der Börse mit andern Effecten, oder durch Conjuncturen, welche die Kapitale andern Speculationen zuwenden! — Die Voraussicht hiervon ist dem Vereine oder denen, die für ihn gehandelt haben, gewiß zuzutrauen, sonach auch eine Unklugheit, welche diese so nahe liegende Gefahr hintansetzte, bei ihnen nicht anzunehmen. Vielmehr läßt schon die überall beobachtete Maßregel, daß der erste Übernehmer einer Actie sich nennen und seinen Namen unterzeichnen muß, auf das Gegentheil schließen. Denn dieß würde, wenn er sich dadurch nicht persönlich verbindlich machen sollte, ganz zwecklos sein und der Verein vor der Hand nach nichts, als nach der bedungenen ersten Anzahlung zu fragen, für die Zukunft aber zu erwarten haben, ob die Actie ferner werde gehörig abgelöst oder durch Nichtzahlung verwirkt werden. So wenig ein Wechselgeber dadurch, daß er den Wechsel auf Ordre oder auf Briefsinhaber stellt oder girirt, dem Wechselnehmer das Recht ertheilt, die Verpflichtung zu Zahlung der Valuta durch Weiterbegebung des Wechsels auf einen beliebigen Dritten zu übertragen, eben so wenig kann eine gleiche Absicht aus der Stellung von Actien in derselben Maße herausinterpretirt werden.

Wenn endlich bekannte Gesetze, ohne ausdrückliche Quittirung des alten Schuldners, eine privative Novation, Delegation oder Expromission, anzunehmen nicht gestatten [7]), sofern die neue eingegangene Verbindlichkeit das Fortbestehen der alten nicht unmöglich macht, so muß das, was sie von Verhandlungen über bereits bestehende Obligationsverhältnisse hier bestimmen, gewiß analog angewendet werden, wo die Frage davon ist, ob sofort in dem ursprünglichen Geschäft die Einwilligung des Gläubigers in eine künftig vorzunehmende Novation und ihre den Schuldner befreienden Wirkungen liege.

Obwohl daher dem Verein ganz gewiß jederzeit freisteht, gegen den zeitweiligen Actieninhaber das angedrohte Präjudiz der Versäum-

7) const. 8. C. cit. Bair. Landrecht Thl. IV. Kap. 15. §. 4. Nr. 1. Preuß. Landr. Thl. I. Tit. XVI. §. 451. Oesterr. Bürg. G. B. §. 1379. Dec. elect. Sax. 66. Code civil art. 1271.



Digitized by Google

niß geltend zu machen, so scheint ihm doch auch, wenn er dieß vorzieht, wegen der rückständigen Einzahlungen die actio pro socio gegen den ursprünglichen Übernehmer eben so wenig verweigert werden zu können, als jedem andern Socius, gegen den sein Socius mit der contractmäßigen Einlegung des Fonds zögert [8]).

Dieß alles gilt jedoch ohne Einschränkung nur so lange, als das Unternehmen oder Gewerbe, welches Zweck des Vereines ist, fortgesetzt wird, mithin die Voraussetzung fortdauert, unter welcher sich der Actionär, sonst unbedingt, zur Einlage anheischig gemacht hat. Sobald der Verein beschließt, die Operationen einzustellen, mithin auch sich selbst aufzulösen, kann er auch an rückständiger Einlage von seinen Theilnehmern nur so viel fordern, als zu Deckung der bis dahin aufgewendeten Kosten und contrahirten Schulden nothwendig ist. Es muß also dann die Klage auf eine genaue und ausführliche Rechnung über die bisherige Einnahme und Ausgabe gegründet sein, oder sie ist unstatthaft.

In diesem Sinne hat das Appellationsgericht zu Dresden in Sachen der Rhein-Weser-Eisenbahngesellschaft gegen Rühl, 1840, erkannt und das Oberappellationsgericht diese Entscheidung nur deßhalb, weil ihm die beschlossene Einstellung des Baus nicht mit hinlänglicher Bestimmtheit angeführt schien, reformirt, das Princip also gebilligt.

Fragt man nun aber weiter, ob auch der Erwerber einer Actie aus der Hand des ersten Übernehmers in dessen Verbindlichkeiten dergestalt eintrete, daß er gleich ihm nicht nur durch Unterlassung der bedungenen Nachzahlungen sein Recht verwirke (was unzweifelhaft ist), sondern auch durch rechtliche Klage zu Erfüllung der Einlage angehalten werden könne? ob also der Verein eben so viele neue Schuldner dazu erwerbe, als Veräußerungen einer Actie nach einander erfolgen? so dürften diese Fragen zu verneinen sein, da das Recht der Veräußerung von Anfang an nicht an die Bedingung geknüpft ist, daß auf den Fall derselben dem Verein ein neuer Schuldner gestellt werden müßte, viel weniger dieß in der Actie oder Promesse ausgedrückt ist, unter welcher Voraussetzung allein man sagen könnte, daß der Käufer der Actie sich durch den Ankauf dieser Bedingung unterworfen habe. Da der Verein bei der Veräußerung

8) fr. 65. §. 15. D. pro soc. 17. 2.

Digitized by Google

gar nicht thätig ist, ja nicht einmal etwas davon zu erfahren braucht so kann ihm auch dadurch eben so wenig ein Recht zuwachsen, als ihm, wie vorhin gezeigt, ein solches dadurch entzogen wird. Da der neue Actionär nicht einmal verbunden ist, sich dem Vereine zu nennen, so kann auch dadurch, daß sein Name diesem etwa zufällig bekannt wird, keine Verbindlichkeit für ihn entstehen. Der im deutschen Recht gemeinhin angenommene Satz, daß ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten für diesen eine Klage begründet, wenn er ihn vor erfolgtem Widerruf genehmigt hat [9]), schlägt hier nicht ein, weil der Käufer der Actie in der Regel dem Verkäufer gar nicht verspricht, die Rückstände an den Verein abzuführen, vielmehr dieser es ihm überläßt, durch Innenhaltung der Termine sein Recht darauf zu wahren. Zwar wird allerdings jeder Verkäufer wohl thun, für den Fall, daß der Käufer diese Zahlungen nicht leisten und er selbst vom Vereine dazu angehalten werden sollte, sich die Vertretung zusagen und Sicherheit deßhalb bestellen zu lassen, worauf ihm an sich und ohne solchen Vorbehalt kein Anspruch beigelegt werden kann. Hat er aber auch eine solche Vertretungszusage erhalten, so kann wegen des ihm deßhalb zustehenden Klagrechts doch dem Vereine nicht etwa eine actio utilis auf Zahlung gegen den Käufer gegeben werden, weil nicht jedes Regreßrecht des Schuldners eine solche Klage begründet; sondern nur ein solches, welches aus einem Contract entsteht, in dessen Folge derselbe Zahlung geleistet hat, wogegen der ursprüngliche Actionär vermöge seiner vor seinem Contrakt mit dem Käufer eingegangenen Verbindlichkeit zur Zahlung angehalten wird.

## II.

### Was will es sagen, wenn einem Actienverein die Rechte einer juristischen Person ertheilt werden?

Viele Statuten enthalten die Bestimmung, daß der Verein die Eigenschaft einer juristischen, oder wie es gewöhnlich ausgedrückt wird, „moralischen" Person haben solle, und durch die Bestätigung derselben von Seiten der gesetzgebenden Gewalt, welche allein die Macht hat, Rechtssubjecte, die es nicht von Natur sind, zu erschaf-

9) Weber, natürl. Verbindlichkeit, S. 336 der 5. Ausg. Hommel, obs. 248. Gottschalk, sel. disc. for. T. II. p. 49 sq. ed. II.



Digitized by Google

fen [1]), erhält er diese Eigenschaft wirklich. Über die Bedeutung hiervon ist aber schon viel Streit entstanden. Besonders ist mir vorgekommen, daß man behauptet hat, es seien dadurch die Rechtsverhältnisse des Vereins ganz denen einer Corporation oder Gemeinheit (universitas) gleich gestellt, und daß eine Partei unter den Actionären daraus hat herleiten wollen, es müßten alle Sätze des gemeinen Rechts über Gemeinheitsbeschlüsse auf den Verein anwendbar sein, namentlich daher der Mehrheit der Mitglieder das Recht zustehen, über die Mittel zu Erreichung des Zwecks der Gesellschaft Beschlüsse zu fassen und die Minderzahl daran zu binden, sollten solche Mittel auch in Leistungen der Einzelnen bestehen, die über die ursprünglich, bei Übernahme der Actien, eingegangenen Verpflichtungen hinausgingen.

Jene angeblichen gemeinrechtlichen Sätze über Gemeindebeschlüsse sind nun bekanntlich nichts weniger als unstreitig [2]). In die weitschichtige Controverse darüber hier einzugehn, würde zu weit führen, und muß daher unterbleiben, wenn man sie auch nicht durch den in der Note genannten großen Rechtslehrer als abgethan ansehen sollte. Aber auch unter denjenigen Schriftstellern, welche die für Alle verbindliche Kraft der Beschlüsse der Mehrheit als Regel aufstellen, nehmen die am tiefsten in das Wesen der Sache Eingegangenen [3]) die Besteuerung der Einzelnen, die Auflegung neuer Verpflichtungen und Lasten, deren Grund nicht in dem bisher bestandenen Gemeinheitsverhältnisse lag, hiervon aus und erfordern dazu Einstimmigkeit. Man wendet jedoch gegen die Anwendung dieses Satzes auf die vorliegende Frage ein:

1) daß die Vergrößerung des Gesellschaftscapitals durch neue Beiträge der Mitglieder keine Besteuerung, keine Zumuthung von

---

1) Im fr. 22. D. de fidej. 46. 1 scheint zwar von jeder societas gesagt zu sein, daß sie personae vice fungitur. Aber die Zusammenstellung mit municipium und decuria und die Vergleichung mit fr. 1. pr. D. quod cujusq. univ. nom. 3. 4 zeigt, daß hier nur solche Vereine gemeint sein können, denen die juristische Persönlichkeit durch kaiserliche Privilegien ertheilt ist.

2) Siehe Savigny, System des heutigen römischen Rechts, II. Bd. S. 329—351.

3) f. Kori in v. Langenn und Kori Erörterungen praktischer Rechtsfragen, II. Thl. S. 12 f.

Digitized by Google

Opfern sei, weil die Beitragenden sich dieser neuen Einschüsse nicht entäußern, sondern dieselben fortfahren, zu ihrem Vermögen zu gehören und ihnen der verhältnißmäßige Antheil an dem Gewinn des dadurch erhöhten Geschäftsbetriebs verbleibt.

2) Daß nur die Rede sei von Beiträgen zu Erreichung des ursprünglich anerkannten Zwecks der Gesellschaft, keineswegs von Veränderung dieses Zweckes, daß also diese Beiträge allerdings „ihren Grund in dem von Anfang bestandenen Gemeinheitsverhältnisse" hätten.

Ob nun diese Umstände ausreichend seien, bei wirklichen Gemeinheiten die Anwendbarkeit jenes Satzes auszuschließen, ob dergleichen Zumuthungen an die Gemeindeglieder dadurch aufhören, in jura singulorum einzugreifen?. Dieß zu untersuchen, dürfte hier nur dann nothwendig werden, wenn der Schluß, daß der Actienverein durch die Erklärung zu einer juristischen Person eine wahre Gemeinheit oder Corporation werde, sich als richtig herausstellen sollte. Dieß ist aber wohl zu verneinen.

Es bedarf kaum der Erinnerung, daß es außer den Gemeinheiten noch viele andere juristische Personen gibt und daß also zwar jede vom Staate anerkannte Gemeinheit eine juristische Person, nicht aber jede juristische Person eine Gemeinheit ist. Indeß ist nicht zu verkennen: ein Actienverein hat mit den Corporationen dieses gemein, daß er ein Inbegriff von mehren Personen ist und daß diese Personen gänzlich wechseln können, ohne daß seinem Bestehen dadurch Eintrag geschieht. Daher bedienten sich denn auch die Römer, welche die Benennung „juristische Person" nicht kannten, wenn ein Gewerbsverein zu einer solchen erhoben wurde, des Ausdrucks: corpus habere iis concessum est [4]). Aber auch jetzt noch, wie damals, geben darum solche Vereine den Namen der Gesellschaften nicht auf, und dieß schon zeigt an, was auch sonst unverkennbar ist, daß die Mitglieder dadurch nichts von den Eigenthümlichkeiten eines gewerblichen Vereins, die ihn von eigentlichen Corporationen auf's wesentlichste unterscheiden, schwinden zu lassen gemeint sind. Diese Unterschiede bestehen aber hauptsächlich in folgenden Punkten.

---

4) fr. 1. pr. 4. §. 1. D. quod cuj. univ. nom. 3. 4. Savigny a. a. O. S. 255. Not. h.

Digitized by Google

1) Jede Gemeinheit hat einen immerwährenden Zweck[5]), d. h. einen solchen, der, wenn gleich den zeitigen Mitgliedern in der Regel Vortheil bringend, doch nicht lediglich auf diesen berechnet ist, sondern weit über ihre Lebensdauer, um so mehr also über ihre zufälligen Verhältnisse, hinausliegt und der Idee nach für ewige Zeiten immer erreicht werden soll, gesetzt auch, daß er dann und wann eine Zeitlang für das Interesse der dermaligen Mitglieder gleichgiltig, ja nachtheilig würde; indem der Staat das selbstständige Bestehen der Corporation ganz unabhängig von solchen zufälligen Umständen sichert; wie denn z. B. Niemand behaupten wird, daß eine städtische oder ländliche Gemeinheit sich auflösen könne oder gar von selbst aufhöre zu sein, wenn es in Kriegszeiten wegen drückender Einquartierungen, Contributionen und Lieferungen als ein Unglück erscheint, Mitglied derselben zu sein. Eben so wenig können dieß Kirchengemeinden, Handwerksinnungen, geistliche Brüderschaften, wenn gleich bei ihnen nicht, wie bei jenen, die Mitgliedschaft auf Grundbesitz beruht. — Der Actienverein dagegen ist lediglich auf pecuniären Gewinn der einzelnen Theilhaber berechnet, hat also eine nur precäre und zufällige Existenz. Er kann sich sofort auflösen, wenn darüber Einverständniß sämmtlicher Mitglieder (nach den Statuten gewöhnlich sogar der absoluten oder einer bestimmten Mehrheit) vorhanden ist, und wird es thun, sobald von dem Betriebe seines Gewerbes kein Vortheil mehr zu hoffen steht, ja muß von selbst aufhören zu sein, sobald sein Capital und sein Credit verloren ist.

2) Zum eigensten Wesen einer wahren Corporation gehört, daß ihre Rechte ihr als einem einfachen Rechtssubject zustehen, ohne aus der Summe der Rechte der einzelnen Mitglieder gebildet zu sein, daß vielmehr diesen bestimmte Antheile an diesen Rechten gar nicht zukommen, wenn ihnen auch vielleicht bestimmte Nutzungen davon zufließen. Das Vermögen einer Gemeinheit ist nicht im Gesammteigenthum der einzelnen Mitglieder; es kann von einer Theilung desselben unter sie nie die Rede sein und der Staat hat ein Recht hierauf selbst den Gliedern solcher Corporationen, die er aufgehoben hat, wenn jemals, immer nur ausnahmsweise und durch besondere Vergünstigung zugestanden. Dieses Vermögen steht vielmehr nur der Gemeinheit, als solcher, als einer juristischen Person

5) Thibaut, Pandektenrecht §. 219.

Digitized by Google

und einem einfachen Rechtssubject, zu und wird herrenlos, sobald dieselbe aufhört, zu existiren. Daher kann denn eine kaufmännische oder sonstige Erwerbs-Societät nie als Corporation betrachtet werden [6]). Denn eine solche, namentlich auch ein Actienverein, besitzt nichts und hat keine Rechte, woran nicht jedem Mitgliede ein bestimmter auf den Pfennig zu berechnender Antheil zustünde und was nicht in diesen Antheilen rein aufginge. Es liegt in dem Zwecke einer solchen Gesellschaft, daß der Gewinn aus dem gemeinsamen Unternehmen von Zeit zu Zeit getheilt werden muß, und selbst wenn, wie gewöhnlich und rathsam, ein Theil davon verfassungsmäßig zu dem sogenannten Reserve-Fonds geschlagen wird, so kann auch diese arca communis nicht als eine eigentliche Gemeindecasse betrachtet werden, sondern gehört allen Einzelnen, jedem zu einem bestimmten Antheil, nach Verhältniß der Zahl seiner Actien. Eben das gilt von etwanigen Innelassungen der Gewinnantheile zu Vermehrung des werbenden Capitals, wenn dergleichen beschlossen worden. Bei Auflösung des Vereins versteht es sich endlich von selbst, daß das vorhandene Gesellschaftsvermögen ohne Unterschied unter die Mitglieder getheilt werden muß.

3) Eine Gemeinheit hat, wenn gleich vielleicht vor Zeiten durch Verabredung entstanden, obwohl solches auch ohne diese durch Stiftung geschehen kann, doch den Grund ihrer Existenz als Gemeinheit und ihres jeweiligen Bestehens als solche nicht in einem Vertrage der Mitglieder, sondern in dem Willen der gesetzgebenden Gewalt, die sie wegen des unter 1) gedachten immerwährenden Zweckes als solche anerkannte und aufrecht erhält, und ihr Vergehen, so lange das Bestehen nur factisch möglich bleibt und so lange der gesetzgebende Wille darüber selbst sich nicht ändert, rechtlich nicht zuläßt. Daß vertragsmäßig errichtete Statuten über die Modalität der Thätigkeit und Verwaltung einer Gemeinheit denkbar sind [7]), ändert nichts an dieser ihrer Grundlage. Auch sie bedürfen, um über die Lebensdauer der zeitigen Mitglieder hinaus Wirksamkeit zu haben, ja selbst um außer dem Kreise der Sonderinteressen derselben Einfluß zu äußern, landesherrlicher Bestätigung.

6) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, I. Buch, §. 100. Note r. Themis, Heft II. Nr. 15.

7) fr. 4. D. de colleg. et corpor. 47. 22.

Digitized by Google

— Dagegen ist die Grundlage eines Actienvereins, wie jeder Erwerbsgesellschaft, lediglich der eingegangene Contract, den der Staat wohl bestätigen und in seiner Ausführung überwachen kann, über welchen hinaus aber die Mitglieder zu verpflichten er weder ein Interesse, noch eine Befugniß hat. Dieser Contract bildet die ohne den Willen Aller unabänderliche Basis und Norm, so wie der Rechte, so auch der Verbindlichkeiten der Actionäre und jede seinen Inhalt überschreitende einseitige Anforderung an einzelne Contrahenten muß als grundlos und verwerflich erscheinen, möchte dabei auch die Beförderung des Zwecks der Gesellschaft zum Vorwand gebraucht werden.

Wenn nun an sich schon Verzichtleistungen nicht zu vermuthen sind und daher gewiß aus dem dunkeln Worte: „juristische Person", welches in den Statuten genehmigt worden ist, nicht gefolgert werden kann, daß die Actionäre damit allen, ihnen als Mitgliedern eines gewerblichen Vereins zustehenden, hier aufgezählten, Rechten haben entsagen wollen, so lehrt auch die Erfahrung das Gegentheil und es gibt keinen Actienverein, worin diese Rechte nicht von Allen als wesentlich und den eigentlichen Werth der Actien ausmachend betrachtet würden.

So kann also, wenn einem Actienverein die Rechte einer juristischen Person ertheilt werden, dieß nur in zwei Beziehungen rechtliche Wirkung äußern, darin nehmlich, daß derselbe durch seine statutenmäßig erwählten Vorsteher, ohne Vollmachten der einzelnen Actionäre, vertreten wird und darin, daß diese für ihre Personen und mit ihrem nicht eingeschossenen Vermögen für die Schulden des Vereins nicht haften. Da aber, wie ich in einem der folgenden Aufsätze zeigen zu können glaube, Letzteres aus andern Gründen behauptet werden muß, so dürfte es rathsamer sein, jene dunkele, nur zu Zweifeln und Streitigkeiten Anlaß gebende, Formel zu vermeiden und das, was damit allein gemeint sein kann, lieber in klaren Worten auszusprechen.

## III.

### Von einer andern dunkeln Bestimmung, die in den Statuten nicht selten vorkommt.

(Fortsetzung des vorigen Abschnitts.)

Beruht, wie in der Einleitung gezeigt worden, die Actiengesell-

Digitized by Google

schaft auf einem wahren Societäts-Contract und ist sie, so weit nicht die ebendaselbst angedeuteten, ihr wesentlichen, Modificationen reichen, darnach zu beurtheilen, so muß auch von ihr gelten, daß zu allen Beschlüssen über die zu Ausführung des Unternehmens zu ergreifenden Maßregeln völlige Einigkeit aller Theilhaber nothwendig ist, es sei denn durch ausdrückliche Verabredung ein Andres, und daß hierin der Wille der Mehrheit den Ausschlag geben solle, bestimmt [8]). Daher darf auch, wenn einzelne Gegenstände, über die die Mehrheit den ganzen Verein bindende Beschlüsse soll fassen können, in den Statuten bezeichnet sind, diese Befugniß der Mehrheit auf andre Gegenstände nicht ausgedehnt werden, vielmehr sind solche Bestimmungen als obige Regel bestätigende Ausnahmen zu betrachten. Ja noch mehr: wenn es in den Statuten im Allgemeinen heißt, daß Beschlüsse der Generalversammlung nicht Einstimmigkeit, sondern nur die Genehmigung der Mehrheit, oder einer gewissen bestimmten Mehrheit, erfordern, so sind darunter im Zweifelsfall doch nur Beschlüsse über Verwaltungsmaßregeln oder industrielle und merkantilische Operationen, nicht aber solche zu verstehen, wodurch die in dem ursprünglichen Societäts-Contract liegenden Verbindlichkeiten der Actionäre verändert werden, es mag nun diese Veränderung in Vermehrung oder in Verminderung dieser Verbindlichkeiten bestehen. Denn nur diesen hat sich Jeder unterworfen und nur unter der Voraussetzung, daß alle Theilhaber die gleichen übernehmen, ist er durch Annahme seiner Actie in den Contract eingegangen. Ein Verzicht kann überhaupt nie vermuthet und am allerwenigsten als gleichsam in Einem Athem mit der Festsetzung des Rechts, welches sie betreffen soll, erfolgt angesehen werden. Es wäre ein Widerspruch, wenn man annehmen wollte, daß in denselben Statuten, worin der für eine Actie zu erlegende Betrag genau bestimmt ist, zugleich irgend einem Theile der Actionäre nachgelassen sei, willkürlich die Einlagen der Andern zu erhöhen oder die eigenen herabzusetzen, sobald nur darin Gleichheit beobachtet werde. So wenig unter drei Theilhabern einer Handlung, die sich Jeder zu einer gewissen Einlage verpflichtet haben, Einer durch einen Beschluß der beiden andern oder dadurch, daß diese ihre Beiträge erhöhen wollen, genöthigt werden kann, ebenfalls ein Mehres, als wozu er sich anheischig ge-

8) J. H. Böhmer, consult. et decis. T. III. P. II. resp. 525.

Digitized by Google

macht hat, einzulegen [9]), so wenig andrerseits Jene sich von einem Theile der versprochenen Einlage dadurch befreien können, daß sie erklären, dem dritten Socius eben so viel an der seinigen erlassen zu wollen, eben so wenig können unter fünfhundert Theilhabern dreihundert gegen zweihundert, ja auch vierhundert neun und neunzig gegen Einen dieß durchsetzen. Die Möglichkeit, Beschlüsse durch Mehrheit zu Stande zu bringen, ist bei Maßregeln der Verwaltung und Geschäftsführung, so weit nicht den Vorstehern Vollmacht dazu ertheilt ist, und so weit sie nicht von dem verabredeten Zwecke des Vereins abweichen, zum Fortgang des Unternehmens politisch unumgänglich nothwendig und wird daher, wo nicht schon Landesgesetze sie verbürgen, in allen Statuten ausgemacht sein. Wäre aber eine gleiche Nothwendigkeit der Erhöhung oder Minderung der Einlagen in's Auge gefaßt worden, so würde man sie gleich Anfangs eventuell festgesetzt [10]) und nicht der einseitigen Willkür überlassen haben [11]).

So wenig aber demnach eine solche Absicht bei den Verfassern der Statuten vorauszusetzen ist, so würde doch die Übermacht der Mehrheit auch in diesem Punkte anerkannt werden müssen, wenn diese Sonderbarkeit ausdrücklich in den Statuten ausgesprochen wäre oder andre darin enthaltene Bestimmungen eine andre Auslegung, als welche hierauf führte, nicht zuließen.

Viele Statuten bezeichnen unter den Gegenständen, worüber Stimmenmehrheit entscheiden soll, auch „die Vermehrung des Gesellschafts-Capitals." In einem mir vorgekommenen Falle wurde diese Bestimmung von einer Partei unter den Actionären so

---

9) So auch das preuß. Landr. Thl. I. Tit. 17. §. 189. 260. 289 und Oesterr. Bürg. G.B. §. 1189. 1205, obgleich beide über andre Gegenstände die Stimmenmehrheit unter den Gesellschaftern entscheiden lassen.

10) Wie z. B. bei den Assecuranzcompagnieen geschieht.

11) In Frankreich ist vormals bisweilen angenommen worden, daß die Mehrheit Nachschüsse, zu Vergrößerung der Geschäfte oder Vollendung einer Unternehmung, beschließen und die Uebrigen, bei Verlust ihrer Actien, dazu zwingen könne. Die neuere Jurisprudenz ist aber davon abgegangen. Vincens, exposition raisonnée de la législation commerciale, T. I. p. 327 f.

Digitized by Google

ausgelegt, daß auch Nachschüsse über die ursprüngliche Actieneinlage den Actionären durch Stimmenmehrheit müßten aufgelegt werden können, wobei man sich darauf berief, daß, wer den Zweck gewollt, auch die Mittel gewollt haben müsse. Ja diese Auslegung fand auch soweit den Beifall der vorgesetzten Administrativ-Oberbehörde, daß sie sie nicht für verwerflich erklärte, vielmehr durch eine sie unzweideutig billigende Verordnung den aus dem Widerspruch der Übrigen entstandenen Streit vor das statutenmäßige Schiedsgericht verwies; worauf auch unter den Schiedsrichtern, obwohl sämmtlich Rechtsgelehrten, getheilte Meinungen sich äußerten.

Diese Auslegung würde jedoch nur dann richtig sein, wenn die fragliche Nachzahlung auf die einzelnen Actien das einzige Mittel der Capitalsvermehrung wäre, welches die Verfasser der Statuten und die sie genehmigenden Theilhaber hätten im Sinne haben können. Denn die Argumentation, daß der Stimmenmehrheit durch die Ertheilung dieses Rechts die Befugniß beigelegt sei, jedes Mittel der Capitalvermehrung, nach ihrer Wahl, oder doch wenigstens dann, wenn andre Mittel nicht mehr anwendbar seien, auch ein die Rechte der Contrahenten beeinträchtigendes, also an sich widerrechtliches, ja selbst das härteste von allen, zu ergreifen, — diese Argumentation würde offenbar unrichtig sein, da sie zu viel bewiese und am Ende auch die ausschweifendsten Mittel und Wege und in's Unendliche gehende Exactionen von den Theilhabern eben so gut rechtfertigen würde. Muß es hier nothwendig eine Gränze geben, so kann sie nur in der sonst in den Statuten ausgesprochenen lex contractus gefunden werden. Man dreht sich offenbar in einem Zirkel herum, wenn man das Recht, Nachschüsse zu fordern, auf eine umfassendere Auslegung jener Bestimmung, als sich unabweislich nothwendig macht, gründet, gleichwohl aber, um diese Auslegung zu rechtfertigen, dieses Recht selbst als erwiesen voraussetzen muß. Sobald also irgend ein milderer Weg zur Capitalvermehrung denkbar ist, der bei Abfassung und Genehmigung der Statuten den Betheiligten vorgeschwebt haben kann, darf auch an jenen die lex contractus so sehr verletzenden nicht gedacht und muß vielmehr die Befugniß zur Capitalsvermehrung als auf die Fälle, wo dieses Mittel anwendbar ist, beschränkt verstanden werden.

Es bringt sich nun aber von selbst auf, daß es zwei mildere Mittel zu diesem Zweck, außer der Nachzahlung, gibt, daß sie auch

Digitized by Google

weit näher liegen, deshalb aber der Hinblick auf sie in den Statuten weit eher vorauszusetzen ist. Diese sind

1) die Vermehrung der Actien über die in den Statuten bestimmte Zahl, und

2) die Innenbehaltung des von Zeit zu Zeit unter die Actionäre zu vertheilenden Gewinns, es sey ganz oder zum Theil.

Auch durch jedes dieser Mittel wird zwar der Stand, in welchem die Actionäre Inhalts des ursprünglichen Vertrags sich befinden sollen, einigermaßen verändert. Denn nach der ersten Maaßregel wird der Gewinnantheil, der, wenn die Zahl der Actien = a gesetzt wurde, für jede Actie 1/a betragen sollte, auf einen geringern Bruchtheil herabgesetzt, und durch die zweite wird ebenfalls ein in dem Zwecke des Unternehmers liegender, gewöhnlich auch in den Statuten ausdrücklich zugesicherter Vortheil den Actionären entzogen. Deshalb pflegt man denn auch in den Statuten für Beschlüsse über Capitalsvermehrung eine größere als die einfache Mehrheit, die schon durch Eine Stimme gebildet wird, zu erfordern. Demungeachtet leuchtet von selbst ein, wie ungleich weniger den Rechten der Actionäre auf diesen Wegen zu nahe getreten wird, als durch Nöthigung zum Nachzahlen auf ihre Actien. Denn wenn durch den ersten der Gewinn, der der einzelnen Actie zufallen kann, sich mindert, so verringert sich in demselben Verhältniß auch die Gefahr, die der Inhaber damit läuft, weil Verluste auf eine größere Zahl von Antheilen sich vertheilen; es wird also dem Actionär nicht eine neue Verbindlichkeit auferlegt, sondern vielmehr die übernommene in der Wirkung gemildert. Eben so wenig wird bei dem zweiten Wege ihm ein Vermögensopfer angesonnen, da nicht der ihm zugefallene Gewinn, sondern nur die freie Verfügung darüber für jetzt ihm vorenthalten wird, und eine auf diesem Wege erzielte Vermehrung des Capitals auch das Vermögen der Gesellschaft, woran jeder Einzelne verhältnißmäßigen Antheil hat, vergrößert, mithin den Werth jeder Actie erhöht. Von allen diesen Vortheilen, welche bei diesen zwei Mitteln die damit verbundenen Nachtheile vergüten, findet sich bei der Vermehrung des Capitals durch Nachschüsse offenbar gar nichts, da hier jeder Nachzahlende im günstigsten Falle immer nur denselben Antheil am Gewinn behält, und da eine Actie, weil sie z. B. statt mit 500 nun mit 600 fl. bezahlt ist, keineswegs auch 20 Procent mehr werth seyn muß, vielmehr ein solcher Werth eine sehr

Digitized by Google

günstige Lage des Geschäfts voraussetzt, in welcher eine Nachzahlung wohl schwerlich verlangt werden dürfte, weil dann eben jene beiden Wege leicht einzuschlagen sind und sofort zum Ziele führen, wenn zur Erweiterung des wohl gedeihenden Geschäfts eine Capitalsvermehrung für wünschenswerth geachtet werden sollte. Muß nun, wo mehre Auslegungen eines Vertrags in Frage stehen, allemal der die Betheiligten am wenigsten beschwerenden der Vorzug gegeben werden [12]), ist namentlich bei übernommenen Verbindlichkeiten eher für deren Beschränktheit als für deren Ausdehnung zu entscheiden [13]), so kann man über die Unzulässigkeit der Auslegung jener Bestimmung von Nachzahlungen auf die Actien nicht zweifelhaft bleiben.

Gerade in dem Falle, wo das Bedürfniß solcher Nachzahlungen am ersten gefühlt werden kann, weil dann jene beiden andern Wege gewiß verschlossen sind, ist diese Auszahlung auch aus einem andern Grunde unzulässig; dann nämlich, wenn ein Theil des ursprünglichen Capitals durch unglückliche Unternehmungen verloren gegangen ist. Unter dem „Gesellschafts-Capital" kann nichts Anderes verstanden werden, als diejenige Summe, welche nach dem ursprünglichen Plan und den Statuten selbst durch Actien hat zusammengebracht werden sollen. Eine Vergrößerung derselben setzt aber nothwendig voraus, daß sie noch ungeschmälert vorhanden sey. Gänzliche oder theilweise Wiederherstellung des bereits eingebüßten oder durch Verluste verminderten Capitals kann nicht Vergrößerung desselben genannt werden. Gesetzt also auch, es läge eine ausdrückliche Zusage künftiger Capitals-Vermehrung vor, so könnte doch daraus auf eine Verbindlichkeit zu Erneuerung des verlorenen nicht geschlossen werden. Das Versprechen, sein Capital zu vermehren, geschieht in Aussicht auf günstige Umstände, unter welchen man hoffen kann, von vermehrtem Einschusse auch vermehrten Gewinn zu ziehen. Es kann also nicht so gedeutet werden, daß man auch geneigt sey oder gar gehalten sein wolle, auch bei ungünstiger Lage der Unternehmung und eingetretenen Verlusten nochmals auf dieselbe Weise, die so widrige Resultate gegeben hat, ein neues Capital zu wagen.

So muß also, wenn ein Recht der Mehrheit, die Uebrigen zu Nachzahlungen über den Actienbetrag anzuhalten, in den Statuten

12) fr. 9. 56. 192. D. de R. J. 50. 17.

13) fr. 26. D. de R. D. 34. 6.

Digitized by Google

begründet werden soll, dieß in deutlichern Worten geschehen. Auch müßte dabei bestimmt ausgedrückt werden, daß, wer sich solchen Beschlüssen nicht füge, seiner Actie verlustig gehe; denn Androhungen, die in den Statuten für Säumnisse in Zahlung der Actienbeträge enthalten sind, können hierauf unmöglich ausgedehnt werden, und von Zwang durch Klagen kann aus mehrmals angeführten Gründen nicht die Rede seyn. Es ist aber zu fürchten, daß jeder Vorsichtige Bedenken tragen werde, einem Actienverein, dessen Statuten solche Dinge enthalten, beizutreten.

## IV.

### Von den Rechten der Gläubiger des Actienvereins.

Haben Handlungsgenossen durch einen dazu Beauftragten, er sey aus ihrer Mitte oder ein Fremder, mit Jemandem contrahirt, oder ihrem Geschäft einen allgemeinen Bevollmächtigten, institor, vorgesetzt, der darauf für sie in Verträge mit Andern, bezüglich auf dieses Geschäft, sich eingelassen hat, so sind sie aus solchen Contracten nach römischem Recht solidarisch verpflichtet [1]), und daß sie auf solche Weise wenigstens zu verhältnißmäßigen Theilen verbindlich werden, kann keine Rechtsphilosophie verkennen. Es ist nun zu untersuchen, ob diese Sätze auch auf die Mitglieder eines Actienvereins anwendbar seyen? Erst wenn dieß zu bejahen wäre, könnten die bekannten über die Modalität dieser solidarischen Verbindlichkeit erhobenen Streitfragen in Betracht kommen.

Die Möglichkeit, auf diese Weise nicht vorauszusehenden Ansprüchen ausgesetzt zu werden, würde alle Actien unverkäuflich machen, weil der Natur der Sache nach der einzelne Actionär, der nicht ins Directorium gewählt ist, keinen oder nur sehr geringen Einfluß auf die Geschäftsführung üben kann. Um alle Besorgnisse hierüber zu heben, pflegt daher in den Statuten ausdrücklich bestimmt, und die Giltigkeit davon auch gegen Dritte durch Bestätigung der höchsten Gewalt gesichert zu werden, daß kein Actionär für die Schulden des Vereins weiter hafte, als insofern er dadurch seine Einlage verlieren kann. Da es aber denkbar ist, — denn nicht überall ver-

1) fr. 1. §. 25. fr. 3. fr. 4. §. 1. D. de exerc. act. 14. 1. fr. 13. 14. D. de inst. act. 14. 3. fr. 27. §. 8. D. de pecul. 15. 1.

Digitized by Google

bieten es Landesgesetze — daß ein Actienverein ohne landesherrliche Bestätigung bestehe und für sich handeln lasse, oder daß in bestätigten Statuten jene Clausel nicht enthalten sey, so fragt es sich, ob dann persönliche Haftung jedes Actionärs für die Vereinsschulden eintrete? — Ist auch der nachtheilige Einfluß, den die Bejahung dieser Frage auf den Absatz der Actien, mithin auf das Zustandekommen des Vereins selbst, haben müßte, nicht zu verkennen, mag es auch wirklich hier schlechterdings heißen: aut sint ut sunt aut non sint, so kann dieß doch offenbar juristisch keinen Ausschlag geben; das was rechtlich, mittelbar oder unmittelbar, zu sein verhindert ist, das soll auch nicht seyn.

Es dürfte aber diese Frage aus rechtlichen Gründen verneint werden müssen.

Zwar sind die Actionärs, wie oben erwähnt, wahre Theilhaber einer Erwerbsgesellschaft; der geschäftführende Vorsteher oder Director ist ihr wahrer Institor, und wenn es in ihrer lex contractus liegt, daß sie sich gegenseitig nur als Commanditisten ansehen, so ist dieß doch nur eine Verabredung unter ihnen, die einem Andern an sich selbst nicht entgegengesetzt werden kann. Der Gläubiger einer andern Handlung kann sich an den etwaigen Commanditisten derselben nicht halten, nicht wegen der Natur des zwischen diesen und den kundgemachten Vertretern der Handlung bestehenden Contractverhältnisses, sondern weil gar nicht in dessen Namen und nur im Namen der offenkundigen Firmaführer mit ihm contrahirt worden ist, weil der Commanditist Dritten gegenüber gar nicht als Socius, sondern nur, nach Befinden, bald als Gläubiger, bald als Schuldner der Handlung in Betracht kommen kann [2]). Soll aber ein von dem Bevollmächtigten eines Actienvereins Namens desselben eingegangener Vertrag nicht im Namen der einzelnen Actionäre geschlossen seyn, so scheint Niemand übrig zu bleiben, mit dem eigentlich contrahirt wäre, weil der Verein, als solcher, nicht für eine juristische Person geachtet werden kann, wenn er nicht dazu ausdrücklich von der gesetzgebenden Gewalt erklärt ist, wovon das Gegentheil hier angenommen ist.

---

2) v. Langenn in dessen und Kori angef. Werken. Thl. II. Nr. XVI. S. 143 f. Kritz, Sammlung von Rechtsfällen Bd. II. Nro. II.; meine Lehre von der Erwerbsgesellschaft. Leipz. 1825. §. 48. 54. 102.

Digitized by Google

Allein diesen Gründen ist Folgendes entgegenzusetzen:

Beim Entstehen des vertragsmäßigen Obligationsnexus kommt hinsichtlich der Subjecte desselben Alles darauf an, mit wem man den Umständen nach contrahiren konnte, mit wem man contrahiren wollte und zu wollen erklärt hat, endlich wessen Einwilligung man erlangt hat. Nichts kann auf die Verhältnisse ankommen, in welchen dieser etwa mit Andern stand, so bald nicht beim Contrahiren darauf Rücksicht genommen und dieß erklärt worden ist oder aus den Umständen erhellt [3]). Namentlich werden Gesellschafter nur unter denselben Bedingungen, wie andere Personen, contractmäßig verpflichtet [4]). — Nun ist das Wesen der Actienvereine allgemein bekannt; Jedermann weiß, daß ihre Geschäfte nicht mit dem ganzen Vermögen der Actionäre, sondern nur aus der Vereinscasse und so weit diese reicht, bestritten werden, daß der Geschäftsführer eines solchen gar nicht zu Contracten für die Personen der Actionäre, sondern ausschließlich zu Verwaltung der zusammengeschossenen Geldmittel und Ausführung von Geschäften mit diesen Vollmacht erhalten hat. Wer mit einem solchen sich in Geschäfte einläßt, der kann auch gar nicht bestimmte Personen, mit denen er, außer dem Bevollmächtigten selbst, zu contrahiren meinte, im Sinn haben. Denn in dem Begriffe des Actienvereins liegt es, daß seine Theilhaber nicht nothwendig bekannt seyn müssen, ja kaum es seyn können, und kennt der Contrahent auch zufällig Einen oder den Andern, ja Alle, die in einem kurz vorhergegangenen Zeitpunkt Inhaber der Actien waren, so kann er doch, wegen der leichten Veräußerlichkeit und Uebertragbarkeit dieser, nie wissen, wie viele und welche davon es in dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch sind. Jedenfalls befindet er sich, wenn er ja das Wesen einer Actiengesellschaft nicht kennen sollte, in einer leicht vermeidlichen ignorantia facti, die ihm zur Last fallen muß, da es eines jeden Contrahenten Sache ist, sich nach den einschlagenden persönlichen Verhältnissen dessen, mit dem er contrahirt, zu erkundigen [5]). Man kann nicht einwenden, daß der, welcher mit einer Firma contrahirt, an alle ihre Theilhaber persönliche Ansprüche hat, wenn gleich er sie nicht persönlich kennt und im Augen-

3) Const. 7. §. 1. C. quod cum eo qui in al. pot. 4. 26.

4) Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 420. in f.

5) fr. 19. D. de R. J. 50. 17.

Digitized by Google

blick des Contracts ihre Namen nicht weiß. Denn ein solcher denkt sich doch als seine Mitcontrahenten Personen, deren Individualität unzweifelhaft bezeichnet ist durch die nicht so leicht veränderliche und jedenfalls zu erweisende Eigenschaft, daß sie eben Mitinhaber dieser Firma sind. Die Nennung der Firma in einem Contract läßt keinen Zweifel darüber, daß für und mit bestimmten andern, so wie für und mit welchen Personen, außer derjenigen, die dabei unmittelbar thätig war, zu contrahiren beabsichtigt wurde. Wer aber mit einer Actiengesellschaft contrahirt, der kann gar nicht daran denken, sich die Mitglieder für ihre Personen verbindlich machen zu wollen. Die in den allermeisten Fällen vorhandene große Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit, zu erweisen, wer in einem gegebenen Moment Actionär gewesen, muß jeden solchen Gedanken in ihm entfernen. Jedenfalls ist dieser sonach nicht bei ihm vorauszusetzen; er mußte also seine dahin gehende Absicht ausdrücklich erklärt haben, um sich darauf berufen zu können. Dann würde er aber über die Unstatthaftigkeit und Unausführbarkeit davon belehrt worden seyn; oder wäre dieß nicht geschehen, so würde sein Irrthum allen denen gegenüber, die seine Erklärung nicht vernommen hätten, immer ein leicht vermeidlicher bleiben, zu welchem sie nichts beigetragen hätten, und er könnte deshalb, oder auf dem Grund einer stillschweigenden Einwilligung, höchstens an die Personen, gegen die er jene Erklärung gethan, Ansprüche machen.

Diejenigen aber, die erst nach Uebernahme einer Vereinsschuld durch den Geschäftsführer Actionäre werden, und die es etwa zur Zeit der daraus erhobenen Klage gerade sind, deshalb für jene Schuld verbindlich zu achten, davon kann vollends gar nicht die Rede seyn, wenn sie auch zufällig alle bekannt seyn sollten. Durch Eingehung einer Societät übernimmt an sich Niemand ältere Schulden dessen, mit dem er in diesen Verband tritt; dieß kann nur durch ein besonderes pactum adjectum geschehen, da die Societät ihrem Wesen nach nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft gerichtet ist. Ohne ein solches Pactum wird man nicht einmal gegen den neuen Gesellschafter verpflichtet, zu Tilgung seiner Schulden etwas beizutragen, geschweige denn gegen dessen Gläubiger.

Freilich wird Niemand leicht mit einem Privatmann sich in Geschäfte einlassen, wenn dieser sich vorbehalten wollte, die daraus entstehenden Verbindlichkeiten nur so weit, als eine gewisse Kasse rei-



Digitized by Google

chen würde, zu erfüllen. Gesetzt aber, der Andere willigte in einen solchen ausdrücklich gemachten Vorbehalt, wie er bei Actienvereinen in ihrem allbekannten Wesen liegt, so würde er den Erweis, daß die Kasse erschöpft sey, gewiß gegen sich gelten lassen müssen. Die Größe des Capitals, welches von Actiengesellschaften gewöhnlich zusammengebracht wird, und die Offenkundigkeit der Resultate ihres Geschäftsbetriebs sind die Ursachen, daß, so lange nicht ein mißlicher Zustand desselben aus dem gedruckten Curs der Actien abzunehmen ist, Niemand so leicht durch diese wohlbekannten Verhältnisse abgehalten wird, mit ihnen in Geschäfte sich einzulassen und ihr Gläubiger zu werden.

Sonach hat der Mitcontrahent des Geschäftsführers weder ohne selbst verschuldeten Irrthum annehmen gekonnt, noch vermuthlich annehmen gewollt, daß ihm durch seinen Contract mit dem Geschäftsführer die Personen der Actionäre verpflichtet würden.

Wollte man aber auch den gedachten Irrthum für verzeihlich halten, und wollte man selbst die Absicht, mit denen, die in dem Augenblick des Abschlusses erweislich Actionäre gewesen, zu contrahiren, bei dem Gläubiger voraussetzen, so wie dem Geschäftsführer die Absicht, jene persönlich verbindlich zu machen, unterlegen, so würde es doch immer, um diese Wirkung hervorzubringen, an dem wesentlichsten Stücke fehlen, an der eignen Einwilligung der zu Verpflichtenden. Denn die Actionäre haben dem Geschäftsführer gar nicht Vollmacht ertheilt, für ihre Personen Contracte einzugehen, vielmehr ihn lediglich dazu angestellt und den Gesammtbetrag der Actieneinlagen ihm dazu anvertraut, daß er damit die vom Verein bezweckten Unternehmungen ausführe. — Dieß könnte zwar denkbarerweise auch bei dem Institor eines Einzelnen vorkommen, diese Beschränkung könnte auch bekannt gemacht seyn, und gleichwohl könnte der Prinzipal auf dem Grund hiervon gegen Niemanden, der nicht bei einem bestimmten Contract ausdrücklich darein gewilligt hätte, die Vertretung irgend einer von Jenem in seinem Namen eingegangenen Verbindlichkeit von sich abwenden, weil Niemand wissen kann, ob der Institor durch dieselbe die Kräfte der ihm anvertrauten Kasse überstiegen habe. Aber dieser ist als Bevollmächtigter einer Person öffentlich aufgestellt, oder ist zugleich ermächtigt, seinen Präponenten zu benennen, und daß jenes geschehen ist, oder er dieses thun darf und wirklich thut, ist der Grund, warum man aus Contracten, un-

Digitized by Google

ter solchen Umständen mit ihm geschlossen, Jenen in Anspruch nehmen kann [6]). Der Geschäftsführer des Actienvereins hingegen darf Niemanden persönlich als seinen Präponenten nennen, und kann es der Wahrheit gemäß auch gar nicht; es ist immer nur der Verein, in dessen Namen er handelt und zu handeln mit Recht erklären kann.

Fragt man nun: mit wem denn also der Andere eigentlich contrahire? an wen man, wenn Verträge, mit einem Actienverein eingegangen, nicht erfüllt werden, sich zu halten habe? so ist wohl zu antworten: Man contrahirt mit Niemandem, als mit dem Geschäftsführer, Director, Bevollmächtigten, oder wie er genannt werden mag, und kann also auch nur gegen diesen eine Klage haben. Weil er aber nicht in seinem eigenen Namen, sondern in dem des Vereins gehandelt hat, so ist diese Klage, wie die gegen jeden andern Institor [7]), nur darauf zu richten, daß er den Kläger aus dem in seinen

6) fr. 5. §. 11. 12. D. de inst. act. 14. 3.

7) fr. 67. D. de procur. 3. 3. fr. ult. D. de inst. act. 14. 5. Leyser, med. ad II. Sp. 161. m. 1. Schweppe, röm. Privatrecht Thl. III. §. 494. Mackeldey, Lehrb. des röm. Rechts. 11te Ausg. §. 476 b. — Beide angezogene Stellen enthalten zwar diesen Satz nicht direct, aber er folgt aus ihnen. Aus fr. 67. de proc. ergibt sich durch den Gegensatz, daß der Procurator, der nicht fidem *suam* adstrinxit, und nicht *pro* domino (durch Intercession, wie fr. 8. §. 2. fr. 10. §. 2. etc. de fidej. et mand.) vinculum obligationis suscepit, völlig frei ist, postquam negotia domini gerere desiit. Nach fr. ult. de inst. ist der Institor befreit, wenn der Präponent, in dessen Namen er eine Verbindlichkeit übernommen hat, in Concurs verfällt. Die causa des „habes“ und des „numerare debebo“ sey, welche sie wolle, ja sey sie auch nur ein Depositum (wofür übrigens der Text nicht mehr als für jede andere causa debendi spricht, vgl. fr. 143. D. de V. S. 50. 16.), so würde doch die Insolvenz des Präponens den Institor nicht liberiren können, wenn er an sich schlechterdings verbindlich wäre. Das hieße diese Verbindlichkeit in dem einzigen Falle ausschließen, wo sie dem Gläubiger unentbehrlich würde. Gesetzt auch, das deponirte Geld wäre zur venditio bonorum mit gezogen worden, so wäre das kein casus, der die actio depositi ausschlösse, wenn sie gegen den Institor unbedingt Statt fände. Denn er wäre dann in culpa lata, weil er diese Gelder, die nicht zur Concursmasse gehörten, nicht bei derselben hätte lassen sollen. Ist er aber aus jenem numerare debebo



Digitized by Google

Händen befindlichen oder zu seiner Verfügung stehenden Vermögen des Vereins befriedige. Diese Benennung seines Prinzipals muß ihn gegen weiter gehende Ansprüche und gegen Execution in sein eigenes Vermögen schützen, wenn gleich sie nicht, wie bei einem andern Institor die Benennung einer Person als Prinzipal, die Wirkung hat, daß der Gläubiger sich an diesen ohne solche Beschränkung halten könne. Denn dieser hat sich die Benennung eines Prinzipals, der keine Person ist, also auch nicht belangt werden kann, gefallen lassen und demungeachtet, der Annahme nach, mit dem Institor als solchem contrahirt, ohne dessen persönliche Vertretung, die eben durch solche Benennung abgelehnt wird, zu verlangen.

Wenn die Directoren oder Geschäftsführer dolo oder culpa den Bankerott der Vereinskasse herbeigeführt haben, so sind sie natürlich dafür verantwortlich, aber offenbar jedem Gläubiger nur deshalb, weil er eben nur Gläubiger der Vereinskasse ist. Wären sie ihm für ihre Personen aus dem Contracte verpflichtet, so bedürfte er gegen sie weder des Beweises des böslichen oder fahrlässigen Verfahrens, noch hätte er dadurch Schaden. Eine solche Klage wird also von dem Vertreter der Vereins-Concursmasse gegen sie anzustellen seyn.

Aus diesen Gründen halte ich dafür, daß es, um die Ansprüche derer, die mit dem Vereinsbevollmächtigten contrahirt haben, gegen irgend eine bestimmte Person und an ihr Vermögen auszuschließen, eines ausdrücklichen Vorbehalts deshalb durch bekannt gemachte Statuten, oder der Erklärung des Vereins für eine juristische Person

---

nicht unbedingt verpflichtet, so ist dieß kein Institor aus ähnlichen Worten. fr. 5. §. 1. de exerc. act., welches hiergegen angeführt wird, beweist nichts, da es ja recht augenscheinlich von einem Falle handelt, wo der Schiffer sich für seine Person verpflichtet hat. Denn wie könnte der Rheder selbst (und das ist ja der dominus servi exercitoris) in anderem Sinne mit ihm contrahiren? Wenn der Schiffer gegen den Rheder sich zu etwas verbindlich macht, kann er ja nicht den Rheder selbst verpflichten wollen. Paulus will hier nur sagen, daß der Schein der Personeneinheit, welcher durch die Zulässigkeit der actio exercitoria auf den Rheder und Schiffer fällt, andere Contractverhältnisse zwischen ihnen selbst eben so wenig hindere, als zwischen dem Schiffer und andern Personen, solche, die den Rheder nichts angehen, ausschließe.

Digitized by Google

gar nicht bedarf, vielmehr jeder solcher Anspruch schon an sich unstatthaft und zurückzuweisen ist. In diesem Sinne hat auch das kön. sächs. Oberappellationsgericht neuerlich erkannt, und die Klage nur gegen die Directoren, und nur auf Zahlung aus der Vereinskasse, zugelassen.

Ob die Gesetzgebungspolitik anrathe, die Errichtung von Actienvereinen ohne landesherrliche Bestätigung zu verbieten und für wirkungslos zu erklären, diese Bestätigung aber nie anders, als nach erlangter Ueberzeugung von der Sicherheit des damit bezweckten Unternehmens zu ertheilen, damit auch der Unvorsichtige nicht durch seine Unvorsichtigkeit leide? ob sichere Gründe einer solchen Ueberzeugung jemals zu erlangen sind? Dieses ist hier nicht zu erörtern. Uebrigens waren die mancherlei Actienvereine, deren Unternehmungen neuerlich, zum Nachtheil nicht blos der Actionäre, sondern auch der Gläubiger, fehlgeschlagen sind, lauter bestätigte. — Wo aber ein solches Verbot besteht, da wird deshalb bei einem demungeachtet bestehenden Vereine der Art, wenn Jemand mit dessen Geschäftsführer contrahirt hat, doch immer nicht Verpflichtung der Actionäre, sondern lediglich unbedingte persönliche Verbindlichkeit des Geschäftsführers, anzunehmen seyn. Denn jene bleiben immer nur Commanditisten, und es ist gar nicht mit ihnen contrahirt worden. Wegen des Verbots können sie nur nicht Commanditisten einer Vereinskasse seyn, und sind also als Commanditisten des Geschäftsführers zu betrachten [8]).

Wenn endlich seit dem Contract Veränderung in der Person des Directors eingetreten ist, so hat man die Klage aus jenem nicht gegen den abgegangenen Director, mit welchem man contrahirt hat, sondern gegen seinen Nachfolger, in derselben Maaße, zu richten. Denn die Bedingung der Klage wider jenen, daß er die Mittel des Vereins zur Verfügung hatte, ist weggefallen; die von ihm eingegangenen Verpflichtungen aber muß der Verein und der ihn nunmehr vertretende Director bis an die Gränze, welche der Klage überhaupt gesetzt ist, nämlich so weit die Kräfte der Vereinskasse reichen, unbedingt erfüllen, sofern sie Ausflüsse des ihm anvertrauten Geschäftskreises waren. Dieß ist also der einzige Fall, wo eine eigentliche actio institoria, gegründet auf Handlungen eines Dritten, gegen den Verein vorkommen kann.

8) Vgl. Code de commerce art. 38.

Digitized by Google

## XII.

# Hessische Beiträge

zur

## Beurkundung der Praxis des deutschen Rechts.

Mitgetheilt von

Advokat Bopp in Darmstadt.

---

Darf ich aus der Vernehmung vieler Stimmen ein Urtheil ableiten, so hat diese Zeitschrift auch bei den wissenschaftlichen Praktikern, deren Zahl sich (eine wohlthuende Erscheinung) rasch vermehrt, viele Freunde gefunden. Diese werden voraussichtlich ihre Zuneigung immer wirksamer werden lassen, da sie berufen sind, wesentlich zur Förderung des Zwecks dieses Instituts beizutragen. Daher wollen wir erwarten, daß sie sich gern innerhalb der Wände dieses Sprachsaals versammeln werden; sie bringen, außer ihrem Antheil am Gesammtgut, Vertrautheit mit dem Leben und seinen Anforderungen und Bedürfnissen und einen Schatz von Beobachtungen und Erfahrungen mit, welchen sie in ihrem Wirkungskreise als Richter und Rechtsbeistände, als Mitglieder der Ständeversammlungen u. s. w. gesammelt haben.

Fragt man, welcher Aufgabe eine solche Mitwirkung zu genügen hat, so dürfte dahin zu antworten sein, daß es (abgesehen von der Gesetzgebung) vorzugsweise der Beruf der Praktiker ist, den Erscheinungen der Rechtssprechung zu folgen und ihre Früchte für die gemeinsame alma mater, die Wissenschaft, einzusammeln.

Hierbei gehe ich davon aus, daß, indem der Praktiker in sei=

Digitized by Google

nem unmittelbaren Beruf zunächst einem deutschen Staate angehört, er dazu aufgefordert ist, die deutschrechtlichen Ergebnisse der heimischen Rechtssprechung vor den Augen der Gesamtheit vorüberzuführen. Mit Recht behauptet Herr Professor Beseler in Rostock im Gange der Betrachtung des ersten und zweiten Bandes dieser Zeitschrift S. 809—825 des Jahrgangs 1840 der kritischen Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, S. 812, man dürfe von ihr erwarten namentlich „eine tüchtige Casuistik, welche dem deutschen Rechte noch so sehr fehlt und doch die Stütze einer gesunden Theorie ist“, indem er hinzufügt: „vielleicht wäre es passend, für jedes Heft eine besondere Abtheilung zu machen und hier eine kurze und nervöse Darstellung interessanter germanistischer Rechtsfälle, in Verbindung mit den wichtigsten Gesichtspunkten für ihre juristische Beurtheilung und mit den gefallenen Entscheidungen, zu geben. Die Casuistik der römischen Juristen könnte dabei als Muster dienen, wie Mevius in seinen Divisionen sie schon benutzt hat“. Man denke an des deutschen Mösers Ausspruch!

Es ist meine Absicht, die deutschrechtliche Praxis der Gerichtshöfe des Großherzogthums Hessen, deren Sprengel so manchen für das heimische Recht und dessen Geschichte wichtigen, gegen das Eindringen des fremden Rechts mehr oder weniger standhaft kämpfenden Gau in sich schließt, zum Gegenstand meiner Beiträge zu machen. Aus diesem Grunde gebe ich einstweilen zur Uebersicht, als Programm, in Folgendem die Rechtsgrundsätze hin, welche die Praxis ausgesprochen hat, unter Beifügung von Anmerkungen, worin ich namentlich einen Blick auf die Literatur werfe. Solche Summarien haben schon an und für sich ihren Nutzen, sowohl für die Doctrin, als für die Rechtspflege, daher sie da, wo sie sich zeigten, begrüßt wurden, s. z. B. Elvers Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, Bd. 1. Gött. 1828. Nr. XIX., wo sich eine Uebersicht der Civilrechtssprechung der Juristenfakultät zu Göttingen findet, die Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen, Heft 1 u. 2, Cassel, 1836, 1837, wo S. 223 ꝛc. resp. 155 ꝛc. die Präjudizien des Oberappellationsgerichts in Cassel, dessen Rechtssprechung in Pfeiffer ihren Sprecher gefunden, abgedruckt erscheinen, und die Sarwey'sche Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg, wo sich Gleiches findet.

Digitized by Google

Seit zwölf Jahren werden die Präjudizien des Großherzogl. Hessischen Ober-Appellations-Gerichts *) von demselben eingetragen. Der folgende Text giebt sie in ihrer wörtlichen Fassung wieder.

## I.

### Ueber die Frage, ob die Vermögensverhältnisse der Ehegatten nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, welche an dem Orte herrschen, der zur Zeit der Eingehung der Ehe Wohnort des Ehemanns war **)?

Wenn sich Eheleute, ohne Errichtung von Ehepacten, verheirathen, so muß angenommen werden, daß, da es von ihrer freien Willkühr abhängt, wie sie ihre wechselseitigen Vermögensrechte ord-

*) Es heißt Tit. V. §. 13 der Hessen-Darmstädtischen Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung v. 12. April 1777: „Damit auch aller Ungleichheit in Entscheidung der Rechtssachen vorgebogen und, so viel nur immer möglich, ein jus certum eingeführt werden möge: So sollen diejenigen Meinungen, welche bei denen Rechtsgelehrten ganz streitig und ob und wie weit solche in unsern Landen approbirt und angenommen seyn, mit Fleiß colligiret und angemerkt, auch, so lange und viel Wir selbst ein anderes verordnen, zum Grund genommen werden".

**) Ueber diese alte und berühmte Controverse, die mit einer so schwankenden Rechtssprechung in Relation steht, s. u. A. Posse, Abhandlungen einiger vorzüglichen Gegenstände des deutschen Staats- und Privatrechts, Heft 1. Rost. 1802. Abh. III.: „Ob die Gütergemeinschaft unter Ehegatten durch eine von dem Ehemann vorgenommene Veränderung des Wohnorts eingeführt, oder mit einem andern Rechte vertauscht werden könne. Ein Erachten über einen Fall, bei welchem das Lübische Recht besonders in Betracht kam". Kapff, merkwürdige Civilrechtssprüche der höchsten und höheren Gerichtshöfe in Württemberg, Bd. 1. Tüb. 1821. Nr. 23. S. 67 rc.: „ob, wenn Eheleute ihren Wohnsitz verändern, die eheliche Gütergemeinschaft und Erbrechte nach den Gesetzen des neugewählten, oder nach den Rechten des vorigen Domicils beurtheilt werden müssen?" (Die Juristen-Fakultät zu Tübingen entschied im Jahr 1780 nach dem Grundsatze, daß mit der Veränderung des Domicils auch die Vermögensrechte der Ehegatten sich änderten, weil, sowie die Rechte bei Eingehung der Ehe durch stillschweigenden Vertrag den Gesetzen des ursprünglichen Wohnorts unterworfen wor-

Digitized by Google

nen wollen, sie stillschweigend die Gesetze des Orts, wo die Ehe in Wirksamkeit treten soll, nämlich des Domicils des Ehemanns zur Zeit der Eingehung der Ehe, als diejenige Norm angenommen haben, nach welcher ihre wechselseitigen Vermögensrechte beurtheilt werden sollen. Wenn also die Gesetze jenes Orts allgemeine oder partikulare Gütergemeinschaft unter Ehegatten verordnen, so muß unterstellt werden, daß die Ehegatten stillschweigend dahin übereingekommen sind, daß diese Gütergemeinschaft in ihrer

---

den seien, ebenso bei der Veränderung des Wohnsitzes eine stillschweigende Unterwerfung unter die daselbst geltenden Gesetze anzunehmen sei). Hagemann, Praktische Erörterungen, Band 6. Hannover, 1818. Nr. 24: „Erbfolge der Ehegatten. Regulirung derselben nach den Gesetzen des Wohnorts bei dem Mangel errichteter Ehepacten", Bd. 10. Braunschw. 1837. (Fortsetzung von Spangenberg) S. 93—99: „Die Rechtsfähigkeit einer Person, welche von ihrem Status abhängt, ist nach den Gesetzen ihres Wohnsitzes zu beurtheilen". Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Mit Erkenntnissen des Ober-Appellations-Gerichts in Cassel. Bd. 2. Hannover 1828. Nr. VI.: „Nach welchen Gesetzen werden die Vermögensrechte der Ehegatten überhaupt und das statutarische Erbrecht derselben insbesondere nach angetretener Veränderung des Wohnorts oder der Gesetzgebung beurtheilt?" (Nach dieser Mittheilung S. 262—276 herrscht bei den obersten Gerichten der beiden Hessen derselbe Grundsatz). Funk, „Ueber die Rechtsfrage, ob und in wie fern die Güterrechte des Ehegatten durch eine Veränderung des fori des Mannes verändert werden können?" (S. 368 des 21. und S. 99 f. des 22. Bandes des Archivs für die civil. Praxis). Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Abthl. 2. Regensb. 1838, (5. Ausg.) S. 400 (S. 350) S. 910. 911.

S. auch noch Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, Bd. 13. Berl. 1795. S. 1 — 6: „Daß bei der Succession unter Eheleuten auch in Ansehung des unbeweglichen Vermögens nicht die Gesetze des Orts, wo die Sache gelegen, sondern die des Wohnorts der Eheleute zur Zeit der geschlossenen Ehe zur Richtschnur dienen müssen" und Grolman, Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon. Bd. 1. Gießen, 1810. S. 26 — 28.

Digitized by Google

Ehe stattfinden solle. Hieraus folgt, daß allein daraus, daß die Ehegatten in der Folge ihren Wohnsitz an einen Ort verlegen, an welchem, in Bezug auf die Vermögensrechte der Ehegatten, andere gesetzliche Bestimmungen bestehen, nicht darauf geschlossen werden kann, daß sie ihre vertragsmäßig begründeten ehelichen Verhältnisse und Rechte zu ändern und resp. aufzulösen und dieselben nach den Bestimmungen der Gesetze ihres neuen Wohnorts zu reguliren beabsichtigen, sondern, daß ihre Vermögensverhältnisse — in so fern sie die Absicht, in denselben eine Aenderung eintreten zu lassen, nicht durch ein völlig concludentes Factum an den Tag gelegt haben, fortwährend nach den zur Norm erwählten Gesetzen, unter deren Herrschaft die Ehe eingegangen wurde, zu beurtheilen sind †). Namentlich tritt dieses ein, wenn unter den Ehegatten allgemeine oder partikuläre Gütergemeinschaft, in Folge der Gesetze ihres ersten Domicils, bestand, während an ihrem neuen Wohnorte das gemeine Recht, welches keine solche Gütergemeinschaft verordnet, gilt.

Entscheidung in Sachen des Hüttenamts zu Michelbach gegen Maria Pauli zu Katzenellnbogen (1790) — Erkenntniß vom 29. Januar 1830 in Sachen des Hof-Gerichtsraths Pfnorr zu Düdelsheim, gegen Hauptmann von Ende daselbst.

---

†) Hiefür ist auch das württembergische Gesetz vom 12. Sept. 1814 über Anwendung des württemb. Rechts in den neuen Landestheilen §. 9. (Samml. der Gerichtsgesetze Bd. IV. S. 427). — Reinhard Comm. zum württ. Landr. Bd. III. S. 10 behauptet zwar, daß diese Bestimmung blos auf die Unterthanen Neuwürttembergs anwendbar sey, und auch der Tübinger Gerichtshof ist hinsichtlich des Erbrechts der Ehegatten nicht für Anwendung der Gesetze des ursprünglichen, sondern des lezten Wohnorts; allein im Widerspruch mit dem Gesetz von 1814, das ausdrücklich hinsichtlich des Erbrechtes des überlebenden Ehegatten dasselbe bestimmt, wie hinsichtlich der Güterverhältnisse während der Ehe, und mit den Motiven Georgiis (Archiv f. civ. Praxis Bd. III. S. 175. §. 18), wonach nicht etwa für die neuwürtt. Landestheile etwas Besonderes bestimmt werden wollte, sondern von einer allgemeinen Regel ausgegangen wurde, welche allerdings dem Landr. Thl. IV. Tit. 1. §. Ferner ꝛc. entgegen ist. Reyscher, württ. Privatr. §. 75. Note 7. §. 79. Nr. 3. R.

Digitized by Google

## II.

### Beginn der bürgerlichen Wirkungen der Ehe *).

Nach heutigen gemeinen Rechtsbegriffen ist zur juristischen Existenz (Wirksamkeit) der Ehe die Beschreitung des Ehebettes, oder die wirkliche eheliche Beiwohnung nicht erforderlich, und es treten daher, bei dem Mangel anderer ausdrücklicher partikularrechtlicher Bestimmungen **) oder einer entgegenstehenden partikularen Rechtsgewohnheit, alle bürgerlichen Wirkungen der Ehe sogleich mit dem

---

*) Vergl. Mittermaier a. a. O. §. 380 (§. 352): „Eingehung der Ehe, Beschreitung des Ehebetts".

**) Das in einem Theile des Großherzogthums, und zwar der Provinz Starkenburg (in der Hauptstadt und deren Umgebung) herrschende Landrecht der Ober-Grafschaft Katzenellnbogen bestimmt Thl. 2. Tit. I.: „Von den Ehestiftungen" §. 7: „Dieweil auch in dem Zusammenheirathen keine Gefahr, sondern Freundschaft gesucht werden soll, so wollen wir, daß alle die pacta dotalia und Gedinge nicht das consummatum matrimonium verstanden und dann erst, wenn der christliche Kirchgang und eheliche Beileger erfolgt ist, so viel die einander versprochenen Güter und lucra dotalia belangt, kräftig sein sollen" rc. Mittermaier a. a. O. Note 11. Rühl: Die ehelichen Verhältnisse nach den im Großherzogthum Hessen und zum Theil in den benachbarten deutschen Staaten geltenden Partikularrechten (S. 1—131 des zweiten Bandes der Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen, herausgegeben von Advokat Bopp in Darmstadt. Darmst. 1830) S. 47.

S. auch noch das Landrecht, oder die eigenthümlichen bürgerlichen Rechte und Sitten der Grafschaft Erbach und Herrschaft Brauberg im Odenwalde, gesammelt, geordnet und erläutert von Beck und Luteran, Darmstadt 1824. S. 177, wo es heißt: „Uebrigens fordern alte Landessitte, die alten Statuten vom Jahr 1520, in Art. VI. §. 2 und die Landesordnung Tit. XXI. §. 4 der Untergerichtsordnung den wirklichen Vollzug des ehelichen Beischlafs, sowie auch noch das uns erhaltene Sprüchwort: Ist die Decke über dem Kopf, so sind die Eheleute gleich reich, diese alte deutsche Volkssitte bezeichnet Erkenntniß der Justizcanzlei vom 6. December 1815 in Appell.-Sachen M. Brecht von Mangelbach gegen M. Steinmann von da, Güter-Anschlag betr."

Digitized by Google

Augenblick ein, als diese auf eine gesetzliche Art geschlossen, namentlich bei den Protestanten die priesterliche Trauung gültig erfolgt ist. Von diesem Zeitpunkt hängt namentlich auch das Erbrecht des Ehegatten ab, und ein Theil ist von dem andern alles dasjenige zu fordern befugt, worauf er als Ehegatte nach den Gesetzen und dem Ehevertrage ein Recht hat.

Bescheid vom 4. Februar 1831 in Sachen des Bürgers Andreas Lampus zu Gießen gegen die Wittwe des Balthasar Lampus, Rückgabe des Heirathsgutes betr.

## III.

### Scheidung von Tisch und Bett. Deren Wirkung in dem Fall, wenn während ihrer Dauer keine Wiedervereinigung der Ehegatten stattgefunden hat *).

Wenn während einer richterlich erkannten Scheidung von Tisch und Bett keine Wiedervereinigung der Ehegatten stattgefunden hat, so muß nach Ablauf der ihre Dauer bestimmenden Frist, wenn nicht etwa aus besonderen, in den Verhältnissen liegenden Gründen eine Verlängerung derselben vorerst noch als angemessen erscheinen sollte, auf Verlangen des einen oder des andern Theils die gänzliche Trennung der Ehe ohne weiters erkannt werden.

Erkenntniß vom 30. Mai 1831 in Sachen des Sattlermeisters Wendel zu Darmstadt gegen seine Ehefrau.

*) Vergl. bes. Pfeiffer a. a. O. Thl. 2. Nr. IX.: „Die Trennung von Tisch und Bett hat unter den protestantischen Ehegatten, nach dem Ablaufe mehrerer Jahre, ohne erfolgte Wiedervereinigung, die gänzliche Ehescheidung zur rechtlichen Folge". Der Verfasser überblickt die Ansichten über die Wirkungen der Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bett bei den Protestanten und zeigt, daß, da diese Trennung Wiederversöhnung bezwecke, bei Nichterreichung dieses Zwecks die gänzliche Trennung sofort ausgesprochen werden könne, und zwar im Kurhessischen nach zwei Jahren. Nach dem Zeugnisse des Verfassers stimmt auch hier die Praxis der obersten Gerichte der beiden Hessen überein.

Digitized by Google

## IV.

**Erbfolge des Ehegatten nach solmsischem Landrecht *). Beschränkung des darin dem Ehegatten ertheilten Erbrechts durch Testament.**

Das Erbrecht, welches dem überlebenden Ehegatten bezüglich

---

*) Ueber dieses im Jahr 1571 publicirte und noch jetzt in einem großen Theile vom Kurhessischen, vom Großherzogthum Hessen, im Hessen-Homburgischen (Amt Homburg vor der Höhe) in einem Theile des Herzogthums Nassau, in den zu dem Gebiete der freien Stadt Frankfurt gehörenden Dörfern u. s. w. geltende Landrecht, dessen Tit. 28 des zweiten Theils: „von Erbschaft Manns und Weibs gegen einander" in neuerer Zeit (im Jahr 1816) zu einem das ganze Herzogthum Nassau umfassenden Gesetze erhoben wurde, und von dem im Jahr 1840 in der Edler'schen Buchhandlung in Hanau eine neue Auflage erschien, s. bes. August Karl (Obergerichtsadvokat in Hanau), kleine juristische Aufsätze. Frankf. 1830. Auff. I. „Ueber das von Johann Fichard verfaßte Solmsische Landrecht" S. 1—17. Der so früh verstorbene, so begabte Verfasser, dem wir auch die interessante Schrift verdanken: Die Natur der hanauischen Ganggerichte, geschichtlich erörtert. Hanau, 1827. (s. darüber den 8. Band der Schunk'schen Jahrbücher der ges. deutschen jur. Liter. Erlangen, 1828. S. 317—319) und welcher im Eingang sagt: „Das von Johann Fichard (dem Schöpfer der erneuerten Frankfurter Reformation v. J. 1578) verfaßte Solmische Landrecht, welches seit zwei und einem halben Jahrhundert in der ganzen Wetterau und in den angrenzenden Ländern Gesetzeskraft hat, das herkömmliche Recht dieser Gegend enthält, und so viele, besonders Familienverhältnisse regulirt, verdient, auch abgesehen von seinem wissenschaftlichen Interesse, eine besondere Aufmerksamkeit", hat darin dieses Landrecht „durch geschichtliche Betrachtungen" dem Verständnisse näher gebracht, indem er dabei Ficharden besonders gegen den Vorwurf vertheidigt, er habe „willkührlich verfahren, das herkömmliche Recht vernichtet". Indem er namentlich den zweiten Theil des Landrechts, der das materielle Recht umfaßt, da der erste Theil das Civilverfahren betrifft, durchgeht, fügt er als Resultat seiner Betrachtung hinzu: „Es geht hieraus hervor, daß Fichard keineswegs willkührlich ver-

Digitized by Google

der Verlassenschaft seines verstorbenen Ehegenossen in dem Tit. 28

---

fahren. Das Meiste und die Hauptsache fand er vor und verwandelte es in jus scriptum, worauf schon die Vorrede zur ersten Ausgabe aufmerksam macht, und das, was er aus dem fremden Rechte aufnahm, war von der Art, daß ihm nichts einheimisches im Wege stand. Sein Werk vermittelt daher gerade den von den Umständen geforderten Uebergang des alten Zustandes in den neuen. Man fand in ihm im einzelnen die alten Rechte, im Ganzen aber ruhten sie auf dem Geist der neuen Zeit. — Er betrachtet als die Grundlage das gemeine Recht, und die Einheimischen Institute als die Ausnahme, für die ihm freilich das System, dessen Resultat sie waren, nicht klar war. Eine deutliche Ansicht hiervon gewährt die Einleitung zur Lehre vom Abtrieb Thl. 2. Tit. 12.: „„Nachdem der Abtrieb der verkauften liegenden Güter, ob er wohl sonst in den gemeinen kaiserlichen Rechten verbotten, doch durch undenklichen gemeynen Brauch in dieser ganzen Landart eingerissen (sc. gegen das gemeine Recht) und gleichwohl der Billigkeit gemäß ist: So lassen wir denselben auch in seinen Kräften und seinem Wesen bleiben““. Allerdings würde eine solche Methode heut zu Tage für unelegant gelten müssen (obgleich sie so selten nicht ist); allein sie war damals die herrschende und zu Ende des sechszehnten Jahrhunderts zu entschuldigen, da es für das einheimische Recht, welches im Leben schon zerstückt war, und von dieser Seite eine totale Auffassung so leicht nicht mehr möglich machte, auch auf der andern Seite durchaus keine Wissenschaft gab. Das Wesentliche ist jedoch, und dieses können die Nachkommen ohne Undank nicht verkennen, daß Fichard, trotz dieser entgegenstrebenden Theorie, die noch lebendigen Theile des herkömmlichen Rechts nicht verkannte, sondern erfaßte und sanctionirte“.

Vergl. noch van der Nahmer: Handb. des rheinischen Partikularrechts. Erster Band. Frankf. 1832. Einleit. S. XXXV—XLIII: „über das Solmsische Landrecht“. (S. 1—114 ist der zweite Theil des Landrechts selbst nach der ersten Ausgabe v. 1571 abgedruckt) und S. XC. 2c.: „Versuch einer Uebersicht derjenigen Lehren, worin die einzelnen (hier abgedruckten) Landrechte vom gemeinen Rechte abweichen“. Denkwürdig ist das dort S. XCII und XCIII in der Note abgedruckte Schreiben der Nassau'schen Regierung zu Weilburg (wahrscheinlich an die Regierung zu Wies-

Digitized by Google

des zweiten Theils dieses Statutarrechts ertheilt wird *), ist, es

baden), vom 28. Februar 1682, worin es u. A. heißt: „Fället bei hiesiger Hochgr. Canzley verschiedentlich vor, daß sich in ein und andern rechtlichen occurensen von denen Advokaten und Procuratoren gar steiff auf die Solmsische Ordnung, als ob selbige gleichsam pro lege et norma an dem Hochgr. Hauß Nassau Saarbrücken recipiret sei, bezogen wird. Nun können wir zwar Unseres mehristen Theils das Werk anderst nicht ansehen, als daß es unserer Gndgsten Herrschaft Hoheit etwas zu nah getreten, im fall mann solches also bloßer Dinge gelten und passiren lassen wolle: cum par in parem non habeat jurisdictionem, und dannenhero gleichsam geschlossen werden möchte, als ob das Hauß Solms jemahls in dem Standt gewesen, dem Hauß Nassau-Saarb. zu befehlen, oder daß jenes diesem in einige Wege wenigst vorgegangen: Auch umb dieses Willen nicht wohl vermuthlich, daß jemahlen an dem Hochgr. Hauß in ein solches tacite oder expresse consentiret worden, zumalen auch ohne dem gar verschiedener passus in gedachter Solmsischer ordnung befindlich, welche an sich vielem Bedenken unterworffen sindt, als zum Exempel in materia prothemyseos — ist unter andern disponiret, daß auch eines Verkauffers negster Verwanter, so fern er außer dem Landt wohnhaft seye, nicht abtreiben solle, sondern ihm ein anderer, so dem venditori gar nicht verwandt, aber doch im Landt wohnhaft seye, vorgezogen werden könne ꝛc. Maßen dieses nicht allein wider das gemeine abtriebsrecht und gewohnheit läuffet, sondern auch dem interesso publico gar nicht ähnlich ist, weillen dadurch ein aussen wohnender außem Landt gänzlich abgehalten wirdt, da er doch hingegen vielmehr auf allerhand wege hereinzubringen getrachtet werden sollten laßen, im übrigen doch an seinen Ort gestellt sein, daß auch viel nützliches darinnen enthalten, welches dann auch, wie wohl citra necessitatem und ohne Abbruch des juris — communis und der Billichkeit wohl gedultet und zugelassen werden kann. Wir haben aber der Sache Wichtigkeit nach nöthig zu sein erachtet, hierob mit Unsern HochgeEhrten Herrn, wie hiermit geschiehet, dahin gebührendt zu communiciren, damit dieselbe dero diesfalls führende meinung uns forderlichst zu entdecken gelieben möchten" ꝛc. Es ist Schade, daß nicht auch diese Antwort mitgetheilt werden konnte.

*) J. G. Adolphi: Dissertatio de successione conjugum mutua, sive de portione statutaria juxta ordinationem provincialem Solmensem.

Digitized by Google

mögen nun Kinder aus der Ehe vorhanden sein, oder nicht, nach einer richtigen Interpretation der einschlägigen Bestimmungen, insbesondere des §. 2 und 6 des gedachten Titels *), kein nothwendiges. Vielmehr kann dasselbe durch eine letzte Willensordnung des zuerst verstorbenen Ehegatten aufgehoben oder beschränkt werden; es versteht sich jedoch von selbst, daß dieser Grundsatz auf denjenigen Theil der Verlassenschaft, welchen der überlebende Ehegatte nicht als Erbe erhält, sondern bereits eigenthümlich erworben hatte, also auf dessen Antheil an der Errungenschaft nicht bezogen werden kann.

Erkenntniß vom 21. März 1834 in Sachen der Ehefrau des Großherz. Premierlieutenants Haus zu Friedberg gegen den Hofgerichts-Advokaten Vitscher zu Gießen, tutor. nom.

---

Giessae 1770. Mittermaier a. a. O. §. 403 (353) 443 (§. 392) und Rühl a. a. O. S. 78—80. Dessen: das gemeine (gemeingeltende) teutsche Privatrecht mit vorzüglicher Hinweisung auf die besonderen Privatrechtsquellen im Großherzogthum Hessen und mit Erläuterungen derselben. Darmst. 1824. S. 203. 204.

*) Es heißt im §. 1 dieses Titels: „Wiewohl den Kayserlichen Rechten nach Eheleuth eynander nit erben, es seyen denn von dem Verstorben Ehegemahel zumal keine Erben, weder in ab noch auffsteygender, noch auch der zwerchlinien, vorhanden (welches sich doch selten zuträgt) jedoch, dieweyl ja billich ist, daß ein Ehegemahel von dem andern, von wegen jhrer Christlichen vnd ehelichen beiwonung vnd höchster zusammen verflichter trew vnd freundtschafft, nach dem sie auch durch die vereheligung eyn fleisch vnd eyn leib worden, etwas ergetzlichkeit jhrer samentlich in jhrem Ehestandt mit eynander gehabter Sorg, mühe vnd arbeyt bekommen vnd derwegen fast allenthalben im Reich teutscher Nation breuchlich auch durch sondere Statuta versehen, daß Eheleuth eynander, doch mit eyner maß, auch erben sollen und mögen". Hierauf heißt es im §. 2 weiter: „Also ordnen, setzen vnd wollen wir, da zwei Eheleuth ohn sonder pacta und Gedinge, oder so dieselben sich alleyn auff die zugifft nnd widerlegung erstreckten, zusammen sich verheyrath vnd in werendem Ehestandt kein Kinder mit eynander bekommen haben, oder ob sie gleich Kinder mit eynander gehabt hetten, dieselben doch vor ihnen den Eltern verstorben weren vnd eines vor dem andern sonder Geschäfft vnd letzten willen mit todt abgehet, daß als dann desselben erstuerstorbenen leygende Güter, vnd so dafür geacht, so von ihme darkommen, oder ime auffer-

Digitized by Google

## V.

### Intestaterbfolge der Descendenten nach solmsischem Landrecht.

Nach Thl. 2. Tit. 28 des solmsischen Landrechts *) geht auch auf die Descendenten, welche nach gemeinem Rechte die Erbschaft nicht ipso jure erworben, die ihnen ab intestato zugefallene Erb-

storben, so bald seinen nechsten blutgesipten Freunden, so der zeyt in leben seynd, eygenthummlich heimgefallen seyen vnnd doch der letzlebend sein lebenlang, vnd nit lenger, den beysess dabei haben soll, doch daß er auch solche Güter in wesentlichem Baw vnd besserung halten, dauon nichts verwüsten, dieselben nit versetzen noch beschweren, auch alle beide, Zinß, Geschoß, Dienst und andere Beschwerden, ohn zuthun der Eigenthumserben, dauon tragen und leisten solle, aber nach desselben tödtlichem Abgang sollen sie den rechten Erben vnuerzüglich zugestellt werden" rc.

Der §. 5 lautet: „Vnd dieweil das letztlebendt nit allein sein lebenlang den beysess bey allen leigenden vnd fahrenden Gütern, sonder auch den eigenthumb aller beweglichen Güter vnd fahrenden Haab zum halben Theil behalt, So ordnen vnd wollen wir, daß es auch dagegen alle Schulden, so in stehender Ehe sie Eheleuth mit einander gemacht haben, zu zweien Drittheilen vnnd die eygenthumbserben des erstuerstorbens den vbrigen Drittentheil bezahlen sollen."

Der §. 6 ist des Inhalts: „Weren aber eheliche Kindere, so sie beide Eheleuth mit einander gezeugt hetten, vorhanden, als dann sollen denselben die leigende Vätterliche oder Mütterliche Güter zum Eigenthumb gentzlich vnd die fahrend Haab zum halben theil, auch aigenthumblich, vnnd der ander halber theyl dem letztlebenden anererbt vnd verfallen sein, doch dem letztlebenden seinen beysess an beiden solchen Gütern sein lebenlang vorbehalten, dagegen er auch die Kinder zu Gottes furcht aufferziehen vnnd mit aller notturfft versehen, auch die schulden, so in stehender Ehe gemacht, für vollen bezahlen soll."

Vgl. noch A. Karl a. a. O. S. 6-8 und von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzoglich Nassauischen Ober-Appellations-Gerichts in Wiesbaden. Frankf. Band 1, S. 41 rc. 329 rc. 337 rc.

*) Es heißt in den §§. 3 und 4: „So viel denn die Güter belangt, so beide Eheleuth in werendem Ehestand mit einander erzeugt, erkaufft vnd samentlich durch jhre mühe, arbeyt vnd fleissige Haußhaltung erobert haben, bey denselben sol das letztlebend auch sein lebenlang seinen volligen beysess haben vnd dauon gefährlichen nichts



Digitized by Google

schaft ihres Ascendenten im Augenblick seines Todes über, ohne daß sie einer Erbschaftsantretung bedürfen.

Erkenntniß vom 16. Januar 1835 in Sachen des Georg Sauerbach zu Großkarben gegen die Ehefrauen des Johann Puth zu Okerben und des Christian Carl zu Assenheim, Herausgabe einer Erbschaft betr.

## VI.

### Vorzugsrecht des Erbegeldes *).

Dem Erbegeld steht weder nach römischem, noch nach gemeinem deutschem Recht ein Vorzug im Concurse zu **).

---

vereussern, aber nach des letztlebenden tödtlichem Abgang sollen die selben erzeugten vnd eroberten Güter, die seyen leygend oder fahrend, in zwey gleiche theyl getheilt vnd der halber Theyl auff des Manns vnd der andere halb Theyl auff der Frawen nechstverwanthe Erben erblich fallen. Damit auch hier inn durch den letztlebenden kein Gefahr möge gebraucht werden, So wollen wir, daß erst verstorbenen Erben hiemit zugelassen haben, daß sie an das letztlebend begeren mögen ein Inuentarium vber die hinderfällige leygende auch alle fahrende vnd bewegliche Güter (so zum halben theyl auch hinterfallig) auff jhrer beyder Partheyen kosten ordentlicher weiß auffzurichten, damit man zukünfftiger zeyt, wann der Fall sich zutragt, was nach des erstuerstorben todt vorhanden gewesen, wissen möge."

Vergl. Mittermaier a. a. O. §. 466 (§. 414): „Erwerbung der Erbschaft." Albrecht, von der Gewere, S. 32.

*) Vergl. bes. Mittermaier a. a. O. §. 468 (§. 413). Hagemann a. a. O. Bd. 10. herausgeg. von Spangenberg. Braunschw. 1837. S. 99 — 106: über die Collocation der Erbgelder ꝛc. Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 4. Hannov. 1836. Abh. IX.: über das Vorzugsrecht der Erbgelder im Concurse S. 279—343. Spangenberg, prakt. Bemerkungen prozessualischen Inhalts (Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 6. S. 226—257) ders. Collocation der Erbgelder und der deutschrechtlichen Abfindungen im Concurse. a. a. O. S. 241—249.

**) Ueber eine frühere entgegengesetzte Praxis in Bezug auf das Erbachische s. Beck und Lauteren, das Landrecht ꝛc. S. 391, wo es heißt: „der zur Herausgabe an die übrigen Kinder angewiesene Theil des Kaufschillings wird, nach hierländischem Gerichtsgebrauch, als Erbgeld angesehen; es gebührt ihm daher der Vorzug

Digitized by Google

Erkenntniß 1) vom 28. Juni 1820 in Sachen der Wittwe des Obristen Pfaff gegen die Concursmasse des Advokaten Schmoll in Darmstadt; 2) vom 10. Mai 1825 in Sachen des Freiherrn du Thil gegen die Curatoren des Johann Schmidt und Consorten auf der Greßer Mühle; 3) vom 21. Februar 1834 in Sachen der Ehefrau des Heinrich Groh zu Offenbach gegen die Creditoren der Heinrich Grün'schen Concursmasse.

## VII.

### Rechtliche Natur des elterlichen Auszugs oder Leibgedings *).

Der Auszug, oder das Leibgeding, welches sich Eltern bei Uebergabe ihrer Güter an ihre Kinder reserviren, erscheint, in so fern aus den besonderen Bestimmungen des desfallsigen Vertrags nicht hervorgeht, daß die Eltern sich in dieser Beziehung nur persönliche Ansprüche stipuliren wollten, als eine auf den übergebenen, angeschlagenen oder verkauften Gütern haftende Reallast, welche auf jeden dritten Besitzer dieser Güter übergeht.

Erkenntniß vom 18. Juni 1830 in Sachen des Joh. Aßmann und Cons. zu Hergersdorf gegen Johann Aßmanns Wittwe daselbst **).

---

vor den später entstandenen Hypothekforderungen." Urtheil der vormaligen Regierung zu Michelstadt vom 2. Febr. 1784 in Schuld- und Prioritätssachen weiland Kirchenpflegers L. Brehm in Güttersbach und dessen Sohnes J. W. Brehm das. (s. v. Solchow, Rechtsfälle, III. Band, decis. 92. S. 246.)

*) S. bes. Pfeiffer, prakt. Ausführ. Band 4. Hann. 1836. Abh. 8: „Von den durch die deutschrechtliche Gutsabtretung (Güteransatz) begründeten Rechten und Verbindlichkeiten, insonderheit von dem elterlichen Auszug, oder der Leibzucht" ꝛc. Mittermaier a. a. O. §. 291 (§. 199): „Leibzuchtsvertrag." S. 659. 660. Häusel a. a. O. S. 37, 49, 131. Schwarz, das Institut der Reallasten auf deutschen Bauerngütern, nach seinen Hauptmomenten dargestellt. Erl. 1827. §. 24. Rühl a. a. O. (Privatrecht) §. 206. S. 186. Pfeiffer a. a. O.

**) S. noch Beck und Lauteren a. a. O. S. 396. 399, wo es heißt: „Das Leibgeding — ruht, seiner Natur und Bestimmung nach, so lange der Leibgedingsberechtigte lebt, als dingliche Last auf dem Gute und allen Theilen desselben", und wo zweier in diesem Sinne ergangener Erkenntnisse der Justizcanzlei zu Michelstadt aus den Jahren 1820 und 1822 gedacht wird. Uebereinstimmend ist



Digitized by Google

## VIII.

### Heimfall des bei elterlichen Gutsanschlägen ausbedungenen Leibgedings oder Auszugs im Fall des Ablebens eines der anschlagenden Eltern *).

Das Leibgeding, oder der Auszug, welchen sich Eltern bei Gutsabtretungen an ihre Kinder oder eines derselben um eine ge-

---

die Praxis des Oberappellationsgerichts in Celle. S. Hagemann, prakt. Erört. Band 7. Hann. 1824. Erört. 51, wo es heißt: „Die Leibzucht, oder der Altentheil ist eine Reallast" ꝛc.

Schon im Jahr 1825 hatte sich Großh. Hofgericht in Darmstadt (s. Bopp, Mittheilungen, Thl. 4. S. 134—141) dahin ausgesprochen, das elterliche Leibgeding, das bei der Uebergabe des Guts an die Kinder bedungen werde, klebe dann demselben als dingliche Last in der Art an, daß es auf den dritten Besitzer übergehe, da nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts über dieses Institut der Auszug nur als dinglicher anzusehen sei, wofür sich auch die gemeine Meinung entschieden habe.

Vergl. noch Rüling, Entscheidungen des Chur-Hannöver'schen Oberappellationsgerichts in Celle. Celle 1805. S. 57 f.

*) Mittermaier a. a. O. §. 291 (§. 199), wo der Verf. sagt: „Sind mehrere Personen vertragsmäßig berechtigt, Leibzucht zu fordern, so wächst, wenn eine Person wegfällt, ohne besondere Vertragsbestimmung der Antheil nicht der anderen zu." Gleicher Meinung ist allgemein Hänsel, die Lehre von dem Auszug oder der Leibzucht nach gemeinen, in Deutschland und namentlich im Königreich Sachsen gültigen, Rechten. Leipzig 1834. §. 12. S. 141 ꝛc.

Vergl. auch noch Beck und Lauteren a. a. O. S. 396 ꝛc., wo es heißt: „Wenn Eines der zum Bezug eines Leibgedings berechtigten Eltern stirbt, so stirbt, wenn solches nicht ausdrücklich bedungen ist, die Hälfte des Leibgedings darum nicht ab; sondern der überlebende Elterntheil hat fortwährend das Ganze zu fordern. Erkenntniß der Justizkanzlei vom 18. Januar 1812 in Appell.-Sachen des Canzleidirectors Bergsträßer zu Darmstadt gegen die Siefertische Wittwe zu Hetschbach, Leibgeding betreffend, bestätigt durch Erkenntniß des Großherz. Oberappellationsgerichts vom 3. September 1812. Von den jenem Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründen verdient vorzüglich folgender hier angeführt zu werden: „„Betrachtet man die Natur des Leibgedings an sich, so wird jeder zugeben müssen, daß mit einem solchen Auszug nur die nothwendigsten, unentbehrlichsten, bei weitem aber nicht alle

Digitized by Google

wisse Anschlagssumme vorbehalten, beziehungsweise ausbedungen haben, dauert, in so fern nicht darüber in dem Anschlagscontract etwas Anderes bestimmt worden ist, oder eine andere Absicht der Contrahenten nachgewiesen werden kann, oder eine Rechtsgewohnheit entgegensteht, bis zu dem Ableben beider Eltern in seinem ganzen Umfange in der Weise fort, daß nach dem Absterben des einen Elterntheils der Ueberlebende das ganze Leibgeding ungeschmälert fortzubeziehen hat.

Urtheil 1) in Sachen Bergsträßer gegen Sieferts Wittib zu Hetschbach (1812), 2) in Sachen des Franz Jäger zu Weiher gegen Adam Schmidt daselbst (1838).

## IX.

### Stellung rückständiger Erbleihpräſtationen im Concurse *).

Dem rückständigen Erbpacht (Erbleih-Canon), an sich betrachtet, steht in Concursfällen an dem Erbleihgut und dessen Erlös weder ein absolutes Privileg, noch ein stillschweigendes Pfandrecht zu.

Erkenntniß 1) in Sachen des Großherz. Cameral-Fiscus und des Andreas Diehl auf dem Dornbieler Hof gegen die Concursmasse der Gebrüder Ziemer zu Umstadt, nun die ihnen vorgesetzten Gläubiger, vom 10. Juni 1810. 2) in Sachen des Freiherrn du Thil gegen die Curatoren des Johann Schmidt und Consorten auf der Greßer Mühle, vom 10. Mai 1825. 3) in Sachen der Fürstlich Isenburgischen Rentkammer zu Offenbach gegen den Contradictor in der Kehmischen Concurssache zu Wenings,

---

Bedürfnisse des Lebens gesichert werden, und in der Regel müssen die Auszugsleute einen großen Theil ihres Bedarfs durch eigene Arbeit herbeischaffen. Stirbt nun einer derselben, so vermindert sich freilich die Summe des Bedarfs, aber auch zugleich die Summe des Verdienstes, und selten wird der Ueberlebende durch den alleinigen Genuß des ganzen Leibgedings in eine wirklich bessere Lage versetzt."" In den meisten Fällen wird jedoch deßhalb das Nöthige in den Uebergabscontracten vorgesehen und namentlich bestimmt, unter welchen Bedingungen der überlebende Elterntheil wieder heirathen könne, und welchen Theil des Leibgedings nach dessen Tod der neue Ehegatte erhalten soll."

*) Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. S. 342.

Digitized by Google

vom 23. März 1827. 4) in Sachen Diehler zu Offenbach gegen die Concursmasse des Ökonomieraths Weber daselbst, in sp. die ihm vor- und gleich locirte Gläubiger, vom 16. October 1834.

Das Nämliche gilt bezüglich des Laudemiums *). S. Erkenntniß oben 1.

## X.

### Veräußerung einer Erbleihe und hierzu erforderlichen Einwilligung des Erbleihherrn **).

In so fern im concreten Falle nicht dargethan werden kann, daß einer Erbleihe ***) die wahre Natur der römischen Emphyteusis durch Vertrag, Gesetz oder Herkommen, verliehen ist, können auf jenes, lediglich nach deutschem Privatrecht zu beurtheilende, Rechtsinstitut die Vorschriften des römischen Rechts über die Emphyteusis nicht angewendet werden. Es tritt dieß namentlich in Bezug auf die Veräußerung der Rechte ein, welche dem Erbleihträger auf das Erbleihgut zustehen (dominium utile), indem eine solche Veräuße-

*) Mittermaier a. a. O. §. 496 (§. 444). S. 1125.

**) Mittermaier a. a. O. §. 487 (§. 435). S. 1107. §. 488 (§. 436). S. 1112.

***) S. bes. Goldmann, die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen in Beziehung auf Befreiung des Grundeigenthums und der Person von alten drückenden Beschränkungen und Lasten. Darmstadt 1831. S. 24 f., wo der Verf. sagt: „Die Bauernlehen erscheinen — in dem Großherzogthum Hessen noch unter sehr vielfachen Gestalten und in sehr großer Anzahl. Als Lehnsherrn finden sich Standesherrn, adeliche Gerichtsherrn, sonstige Privaten, Pfarrstellen, Kirchenkasten, Wohlthätigkeitsanstalten, und als der bedeutendste: der Großherz. Kameralfiscus. Eine große hieraus hervorgehende Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse in den einzelnen Fällen, welche stets vor Allem aus den vorliegenden Verträgen, zunächst aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden müssen, wird daher nicht auffallen. — Sehr viele, von den Standesherrschaften der Provinz Oberhessen derivirende, Bauernlehen tragen fast ganz die Natur der eigentlichen römischen emphyteusis an sich. Selbst die fiscalischen Bauernlehen sind, weil der jetzige Bestand des Domanialvermögens durch Territorialveränderungen und Austauschungen aus sehr verschiedenartigen Bestandtheilen zusammengesetzt ist, von sehr mannigfaltiger Art.“ rc.

Digitized by Google

rung ohne Einwilligung des Erbleihherrn ungültig ist, es in Ermangelung besonderer partikularrechtlicher Bestimmungen *) lediglich von seiner freien Willkühr abhängt, ob er diesen Consens ertheilen will, und er daher auch durch den Richter zu dessen Ertheilung nicht gezwungen werden kann.

Erkenntniß 1) vom J. 1817 in Sachen der Erbbeständerin Barbara Spies zu Habitzheim und ihres Gläubigers Friedrich Lautz zu Umstadt gegen den Freiherrn von Wambolt, den Verkauf eines Erbleihguts betreffend. 2) vom 30. April 1830 in Sachen des Heinrich Becker zu Allendorf, modo des Johann Pauli daselbst, gegen Großherz. Cameral-Fiscus, Consensertheilung zum Verkauf einer Erbleihe betr.

---

*) S. Goldmann a. a. O. S. 18, wo der Verf. vorträgt: „Allgemeine Normen, wornach bei Consensen zu Verpfändungen und Veräußerungen von adelichen Lehen und nicht fiscalischen Bauernlehen zu verfahren ist, bestehen nicht. Es hängt hierin somit Alles von den Bestimmungen der Lehnsverträge, von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der freien Uebereinkunft der Betheiligten ab. In Beziehung auf die fiscalischen Bauernlehen sind dagegen durch ein Ministerialrescript vom 20. März 1823 der Oberfinanzkammer folgende mit den Allodifications-Normen in Einklang stehende Vorschriften darüber ertheilt worden: 1) Consense zu Verpfändungen und Veräußerungen dürfen nur bei solchen Lehen ertheilt werden, bei welchen ein Heimfall noch nicht zu erwarten ist, namentlich nur dann, wenn außer dem Lehenträger wenigstens noch zwei zur Nachfolge in das Lehen Berechtigte vorhanden sind. — — 3) Veräußerungsconsense können nur unter folgenden Bedingungen ertheilt werden: a) daß die Lehengüter nur in dieser ihrer Eigenschaft und mit Vorbehalt aller dem Fiscus als Obereigenthümer zustehenden Rechte, also blos hinsichtlich des nutzbaren Eigenthums, veräußert werden dürfen; b) daß der Käufer einen neuen Leihbrief auslösen muß und c) die vertragsmäßigen oder sonst gewöhnlichen Laudemialgelder von dem Kaufschilling entrichtet werden." — Vgl. noch Rühl a. a. O. §. 203. S. 183. 184.

Nach dem Zeugnisse von Luteran und Beck S. 376 kann im Erbachischen und in der Herrschaft Brauberg der Erbbeständer das Gut „ohne Genehmigung der Gutsherrschaft an Fremde weder verkaufen, noch verpfänden."

Digitized by Google

## XI.

### Revocatorische Klage von Seiten der Descendenten eines Vasallen *).

Nach dem longobardischen Lehnrecht sind die Descendenten eines Vasallen, welcher das Lehn veräußert oder verpfändet hat, zu Anstellung der revocatorischen Klage oder Anfechtung der Verpfändung, selbst dann, wenn sie nicht Erben in dem Allodium gewesen sind, nicht befugt **).

Urtheil vom 26. November 1829 in Sachen des Königlich Preußischen Regierungsdirectors von Porbeck gegen die Stiftsdirector von Rau'sche Concursmasse ***).

---

*) Westphal, Teutschlands heutiges Lehenrecht, Leipzig 1784. Abhandlung 9. „Von der Verpflichtung der Lehens-Nachfolger, besonders der Kinder, zu den Handlungen ihrer Verweser." S. 68—76. G. L. Böhmer, Princip. jur. feud. Edit. VII. Gött. 1805. §. 276, bes. Note c, wo der Rechtssprechung gedacht wird.

**) So lehrt z. B. Pätz, Lehrbuch des Lehenrechts, herausgegeben von Goede. Neue Aufl. Gött. 1819. §. 136.

Vergl. noch A. Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen. Neust. Dritter Jahrg. 1830. S. 178 f., wo ein Rechtsfall wegen Revocation eines veräußerten Lehens durch Descendenten von Ortloff mitgetheilt ist.

***) Uebereinstimmend ist die Praxis des Oberappellationsgerichts in Celle nach dem Zeugnisse von Hagemann, prakt. Erörterungen, Band 8. Abthl. 2. S. 117 f.

Anm. der Red. Die entgegengesetzte Ansicht ist nach dem deutschen und württembergischen Recht aufgestellt in Reyscher's württ. Privatrecht §. 386. Nr. 4. §. 388 a. E., wo übrigens nicht ein gleichsam unverjährbares Widerrufsrecht angenommen, sondern dieses auf Jahr und Tag, von erlangter Wissenschaft der Veräußerung, beziehungsweise auf 30 Jahre von der Veräußerung selbst an, begrenzt wird. Der Grundsatz von der Unzertrennlichkeit der descendentischen Lehens- und Allodialfolge, worauf obige Ansicht sich stützt, und welche auch in dem Aufsatze Michelsens oben S. 223 wieder in Schutz genommen worden, scheint für das deutsche Recht noch nicht hinreichend festgestellt; auch ist die Praxis demselben vielfach entgegen; namentlich in Württemberg. Eine nähere Besprechung dieser Punkte wäre sehr erwünscht. R.

Digitized by Google

# Zeitschrift

für

# deutsches Recht

und

# deutsche Rechtswissenschaft.

---

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

A. L. Reyscher und W. E. Wilda.

Sechster Band.

Leipzig, 1841.

Verlag von Otto Wigand.

Digitized by Google

Digitized by Google

# Inhalt

## des sechsten Bandes.



Digitized by Google



Digitized by Google

I.

# Die Reception des Römischen Rechts in der Mark Brandenburg und die Preußische Gesetzgebung vor König Friedrich II.

Von

Dr. E. A. Th. Laspeyres,

ordentl. Professor der Rechtswissenschaft zu Halle.

---

Mit welchem Eifer König Friedrich Wilhelm I. während seiner ganzen Regierungszeit für die Verbesserung der Rechtspflege in Preußen gesorgt habe, ist weder unbekannt, noch hat diesen Bemühungen rühmende Anerkennung gefehlt, wenn schon bisher die Vorfriedericianische Gesetzgebung nur wenig erst für das Verständniß des neueren Preußischen Rechts benutzt worden ist, um dieses somit den gemeinrechtlichen Einrichtungen und Normen näher zu verknüpfen. Das Hauptziel jener legislativen Bestrebungen war eine bessere Gerichtsverfassung und eine Umgestaltung des Rechtsverfahrens durch Beseitigung eingeschlichener Mißbräuche und hergebrachter Formalitäten. Daß eine Reform des materiellen Rechts nicht außerhalb der Intentionen des Königs gelegen hat, der Proceßgesetzgebung vielmehr die Ausarbeitung eines Landrechts zur Seite gehen sollte, ist zwar in mehreren Verordnungen ausgesprochen, die Art und Weise aber, wie dies geschehen solle, nur unbestimmt angedeutet worden; auch fand sich von Maaßregeln, welche zu diesem Behufe wirklich schon damals getroffen wären, so wenig eine Spur, daß es leicht erklärlich ist, wenn man in neuerer Zeit jene Aeußerungen fast ganz übersehen hat, und König Friedrich den Großen als den alleinigen und wahren Urheber jener umfassenden Rechtsreform zu betrachten pflegt, welche wie für das Prozeßverfahren in der Allgemeinen Gerichtsordnung, so nach der materiellen



Digitized by Google

## VIII.

### Heimfall des bei elterlichen Gutsanschlägen ausbedungenen Leibgedings oder Auszugs im Fall des Ablebens eines der anschlagenden Eltern *).

Das Leibgeding, oder der Auszug, welchen sich Eltern bei Gutsabtretungen an ihre Kinder oder eines derselben um eine ge=

---

die Praxis des Oberappellationsgerichts in Celle. S. Hagemann, prakt. Erört. Band 7. Hann. 1824. Erört. 51, wo es heißt: „Die Leibzucht, oder der Altentheil ist eine Reallast" 2c.

Schon im Jahr 1825 hatte sich Großh. Hofgericht in Darmstadt (s. Bopp, Mittheilungen, Thl. 4. S. 134—141) dahin ausgesprochen, das elterliche Leibgeding, das bei der Uebergabe des Guts an die Kinder bedungen werde, klebe dann demselben als dingliche Last in der Art an, daß es auf den dritten Besitzer übergehe, da nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts über dieses Institut der Auszug nur als dinglicher anzusehen sei, wofür sich auch die gemeine Meinung entschieden habe.

Vergl. noch Rüling, Entscheidungen des Chur=Hannöver'schen Oberappellationsgerichts in Celle. Celle 1805. S. 57 f.

*) Mittermaier a. a. O. §. 291 (§. 199), wo der Verf. sagt: „Sind mehrere Personen vertragsmäßig berechtigt, Leibzucht zu fordern, so wächst, wenn eine Person wegfällt, ohne besondere Vertragsbestimmung der Antheil nicht der anderen zu." Gleicher Meinung ist allgemein Hänsel, die Lehre von dem Auszug oder der Leibzucht nach gemeinen, in Deutschland und namentlich im Königreich Sachsen gültigen, Rechten. Leipzig 1834. §. 12. S. 141 2c.

Vergl. auch noch Beck und Lauteren a. a. O. S. 396 2c., wo es heißt: „Wenn Eines der zum Bezug eines Leibgedings berechtigten Eltern stirbt, so stirbt, wenn solches nicht ausdrücklich bedungen ist, die Hälfte des Leibgedings darum nicht ab; sondern der überlebende Elterntheil hat fortwährend das Ganze zu fordern. Erkenntniß der Justizkanzlei vom 18. Januar 1812 in Appell.=Sachen des Canzleidirectors Bergsträßer zu Darmstadt gegen die Siefertische Wittwe zu Hetschbach, Leibgeding betreffend, bestätigt durch Erkenntniß des Großherz. Oberappellationsgerichts vom 3. September 1812. Von den jenem Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründen verdient vorzüglich folgender hier angeführt zu werden: „„Betrachtet man die Natur des Leibgedings an sich, so wird jeder zugeben müssen, daß mit einem solchen Auszug nur die nothwendigsten, unentbehrlichsten, bei weitem aber nicht alle

Digitized by Google

wisse Anschlagssumme vorbehalten, beziehungsweise ausbedungen haben, dauert, in so fern nicht darüber in dem Anschlagscontract etwas Anderes bestimmt worden ist, oder eine andere Absicht der Contrahenten nachgewiesen werden kann, oder eine Rechtsgewohnheit entgegensteht, bis zu dem Ableben beider Eltern in seinem ganzen Umfange in der Weise fort, daß nach dem Absterben des einen Elterntheils der Ueberlebende das ganze Leibgeding ungeschmälert fortzubeziehen hat.

Urtheil 1) in Sachen Bergsträßer gegen Sieferts Wittib zu Hetschbach (1812), 2) in Sachen des Franz Jäger zu Weiher gegen Adam Schmidt daselbst (1838).

## IX.

### Stellung rückständiger Erbleihpräſtationen im Concurse *).

Dem rückständigen Erbpacht (Erbleih-Canon), an sich betrachtet, steht in Concursfällen an dem Erbleihgut und dessen Erlös weder ein absolutes Privileg, noch ein stillschweigendes Pfandrecht zu.

Erkenntniß 1) in Sachen des Großherz. Cameral-Fiscus und des Andreas Diehl auf dem Dorndieler Hof gegen die Concursmasse der Gebrüder Ziemer zu Umstadt, nun die ihnen vorgesetzten Gläubiger, vom 10. Juni 1810. 2) in Sachen des Freiherrn du Thil gegen die Curatoren des Johann Schmidt und Consorten auf der Greßer Mühle, vom 10. Mai 1825. 3) in Sachen der Fürstlich Isenburgischen Rentkammer zu Offenbach gegen den Contradictor in der Kehmischen Concurssache zu Wenings,

---

Bedürfnisse des Lebens gesichert werden, und in der Regel müssen die Auszugsleute einen großen Theil ihres Bedarfs durch eigene Arbeit herbeischaffen. Stirbt nun einer derselben, so vermindert sich freilich die Summe des Bedarfs, aber auch zugleich die Summe des Verdienstes, und selten wird der Ueberlebende durch den alleinigen Genuß des ganzen Leibgedings in eine wirklich bessere Lage versetzt."" In den meisten Fällen wird jedoch deßhalb das Nöthige in den Uebergabscontracten vorgesehen und namentlich bestimmt, unter welchen Bedingungen der überlebende Elterntheil wieder heirathen könne, und welchen Theil des Leibgedings nach dessen Tod der neue Ehegatte erhalten soll."

*) Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. S. 342.

Digitized by Google

vom 23. März 1827. 4) in Sachen Diehler zu Offenbach gegen die Concursmasse des Ökonomieraths Weber daselbst, in sp. die ihm vor- und gleich locirte Gläubiger, vom 16. October 1834.

Das Nämliche gilt bezüglich des Laudemiums *). S. Erkenntniß oben 1.

## X.

### Veräußerung einer Erbleihe und hierzu erforderlichen Einwilligung des Erbleihherrn **).

In so fern im concreten Falle nicht dargethan werden kann, daß einer Erbleihe ***) die wahre Natur der römischen Emphyteusis durch Vertrag, Gesetz oder Herkommen, verliehen ist, können auf jenes, lediglich nach deutschem Privatrecht zu beurtheilende, Rechtsinstitut die Vorschriften des römischen Rechts über die Emphyteusis nicht angewendet werden. Es tritt dieß namentlich in Bezug auf die Veräußerung der Rechte ein, welche dem Erbleihträger auf das Erbleihgut zustehen (dominium utile), indem eine solche Veräuße-

---

*) Mittermaier a. a. O. §. 496 (§. 444). S. 1125.

**) Mittermaier a. a. O. §. 487 (§. 435). S. 1107. §. 488 (§. 436). S. 1112.

***) S. bes. Goldmann, die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen in Beziehung auf Befreiung des Grundeigenthums und der Person von alten drückenden Beschränkungen und Lasten. Darmstadt 1831. S. 24 f., wo der Verf. sagt: „Die Bauernlehen erscheinen — in dem Großherzogthum Hessen noch unter sehr vielfachen Gestalten und in sehr großer Anzahl. Als Lehnsherrn finden sich Standesherrn, adeliche Gerichtsherrn, sonstige Privaten, Pfarrstellen, Kirchenkasten, Wohlthätigkeitsanstalten, und als der bedeutendste: der Großherz. Kameralfiscus. Eine große hieraus hervorgehende Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse in den einzelnen Fällen, welche stets vor Allem aus den vorliegenden Verträgen, zunächst aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden müssen, wird daher nicht auffallen. — Sehr viele, von den Standesherrschaften der Provinz Oberhessen derivirende, Bauernlehen tragen fast ganz die Natur der eigentlichen römischen emphyteusis an sich. Selbst die fiscalischen Bauernlehen sind, weil der jetzige Bestand des Domanialvermögens durch Territorialveränderungen und Austauschungen aus sehr verschiedenartigen Bestandtheilen zusammengesetzt ist, von sehr mannigfaltiger Art." ꝛc.

Digitized by Google

rung ohne Einwilligung des Erbleihherrn ungültig ist, es in Ermangelung besonderer partikularrechtlicher Bestimmungen *) lediglich von seiner freien Willkühr abhängt, ob er diesen Consens ertheilen will, und er daher auch durch den Richter zu dessen Ertheilung nicht gezwungen werden kann.

Erkenntniß 1) vom J. 1817 in Sachen der Erbbeständerin Barbara Spies zu Habitzheim und ihres Gläubigers Friedrich Lautz zu Umstadt gegen den Freiherrn von Wambolt, den Verkauf eines Erbleihguts betreffend. 2) vom 30. April 1830 in Sachen des Heinrich Becker zu Allendorf, modo des Johann Pauli daselbst, gegen Großherz. Cameral-Fiscus, Consensertheilung zum Verkauf einer Erbleihe betr.

---

*) S. Goldmann a. a. O. S. 18, wo der Verf. vorträgt: „Allgemeine Normen, wornach bei Consensen zu Verpfändungen und Veräußerungen von adelichen Lehen und nicht fiscalischen Bauernlehen zu verfahren ist, bestehen nicht. Es hängt hierin somit Alles von den Bestimmungen der Lehnsverträge, von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der freien Uebereinkunft der Betheiligten ab. In Beziehung auf die fiscalischen Bauernlehen sind dagegen durch ein Ministerialrescript vom 20. März 1823 der Oberfinanzkammer folgende mit den Allodifications-Normen in Einklang stehende Vorschriften darüber ertheilt worden: 1) Consense zu Verpfändungen und Veräußerungen dürfen nur bei solchen Lehen ertheilt werden, bei welchen ein Heimfall noch nicht zu erwarten ist, namentlich nur dann, wenn außer dem Lehenträger wenigstens noch zwei zur Nachfolge in das Lehen Berechtigte vorhanden sind. — — 3) Veräußerungsconsense können nur unter folgenden Bedingungen ertheilt werden: a) daß die Lehengüter nur in dieser ihrer Eigenschaft und mit Vorbehalt aller dem Fiscus als Obereigenthümer zustehenden Rechte, also blos hinsichtlich des nutzbaren Eigenthums, veräußert werden dürfen; b) daß der Käufer einen neuen Leihbrief auslösen muß und c) die vertragsmäßigen oder sonst gewöhnlichen Laudemialgelder von dem Kaufschilling entrichtet werden." — Vgl. noch Rühl a. a. O. §. 203. S. 183. 184.

Nach dem Zeugnisse von Luteran und Beck S. 376 kann im Erbachischen und in der Herrschaft Brauberg der Erbbeständer das Gut „ohne Genehmigung der Gutsherrschaft an Fremde weder verkaufen, noch verpfänden."

Digitized by Google

## XI.

### Revocatorische Klage von Seiten der Descendenten eines Vasallen *).

Nach dem longobardischen Lehnrecht sind die Descendenten eines Vasallen, welcher das Lehn veräußert oder verpfändet hat, zu Anstellung der revocatorischen Klage oder Anfechtung der Verpfändung, selbst dann, wenn sie nicht Erben in dem Allodium gewesen sind, nicht befugt **).

Urtheil vom 26. November 1829 in Sachen des Königlich Preußischen Regierungsdirectors von Porbeck gegen die Stiftsdirector von Rau'sche Concursmasse ***).

---

*) Westphal, Teutschlands heutiges Lehenrecht, Leipzig 1784. Abhandlung 9. „Von der Verpflichtung der Lehens-Nachfolger, besonders der Kinder, zu den Handlungen ihrer Verweser.“ S. 68—76. G. L. Böhmer, Princip. jur. feud. Edit. VII. Gött. 1805. §. 276, bes. Note c, wo der Rechtssprechung gedacht wird.

**) So lehrt z. B. Pätz, Lehrbuch des Lehenrechts, herausgegeben von Goede. Neue Aufl. Gött. 1819. §. 136.

Vergl. noch A. Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen. Neust. Dritter Jahrg. 1830. S. 178 f., wo ein Rechtsfall wegen Revocation eines veräußerten Lehens durch Descendenten von Ortloff mitgetheilt ist.

***) Uebereinstimmend ist die Praxis des Oberappellationsgerichts in Celle nach dem Zeugnisse von Hagemann, prakt. Erörterungen, Band 8. Abthl. 2. S. 117 f.

Anm. der Red. Die entgegengesetzte Ansicht ist nach dem deutschen und württembergischen Recht aufgestellt in Reyscher's württ. Privatrecht §. 386. Nr. 4. §. 388 a. E., wo übrigens nicht ein gleichsam unverjährbares Widerrufsrecht angenommen, sondern dieses auf Jahr und Tag, von erlangter Wissenschaft der Veräußerung, beziehungsweise auf 30 Jahre von der Veräußerung selbst an, begrenzt wird. Der Grundsatz von der Unzertrennlichkeit der descendentischen Lehens- und Allodialfolge, worauf obige Ansicht sich stützt, und welche auch in dem Aufsatze Michelsens oben S. 223 wieder in Schutz genommen worden, scheint für das deutsche Recht noch nicht hinreichend festgestellt; auch ist die Praxis demselben vielfach entgegen; namentlich in Württemberg. Eine nähere Besprechung dieser Punkte wäre sehr erwünscht. R.

Digitized by Google

# Zeitschrift

für

# deutsches Recht

und

# deutsche Rechtswissenschaft.

---

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

A. L. Reyscher und W. E. Wilda.

Sechster Band.

---

Leipzig, 1841.

Verlag von Otto Wigand.

Digitized by Google

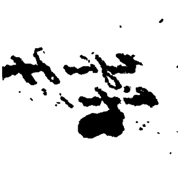
Digitized by Google

# Inhalt

## des sechsten Bandes.



Digitized by Google



Digitized by Google

# I.

# Die Reception des Römischen Rechts in der Mark Brandenburg und die Preußische Gesetzgebung vor König Friedrich II.

Von

Dr. E. A. Th. Laspeyres,

ordentl. Professor der Rechtswissenschaft zu Halle.

---

Mit welchem Eifer König Friedrich Wilhelm I. während seiner ganzen Regierungszeit für die Verbesserung der Rechtspflege in Preußen gesorgt habe, ist weder unbekannt, noch hat diesen Bemühungen rühmende Anerkennung gefehlt, wenn schon bisher die Vorfriedericianische Gesetzgebung nur wenig erst für das Verständniß des neueren Preußischen Rechts benutzt worden ist, um dieses somit den gemeinrechtlichen Einrichtungen und Normen näher zu verknüpfen. Das Hauptziel jener legislativen Bestrebungen war eine bessere Gerichtsverfassung und eine Umgestaltung des Rechtsverfahrens durch Beseitigung eingeschlichener Mißbräuche und hergebrachter Formalitäten. Daß eine Reform des materiellen Rechts nicht außerhalb der Intentionen des Königs gelegen hat, der Proceßgesetzgebung vielmehr die Ausarbeitung eines Landrechts zur Seite gehen sollte, ist zwar in mehreren Verordnungen ausgesprochen, die Art und Weise aber, wie dies geschehen solle, nur unbestimmt angedeutet worden; auch fand sich von Maaßregeln, welche zu diesem Behufe wirklich schon damals getroffen wären, so wenig eine Spur, daß es leicht erklärlich ist, wenn man in neuerer Zeit jene Aeußerungen fast ganz übersehen hat, und König Friedrich den Großen als den alleinigen und wahren Urheber jener umfassenden Rechtsreform zu betrachten pflegt, welche wie für das Prozeßverfahren in der Allgemeinen Gerichtsordnung, so nach der materiellen

vom 23. März 1827. 4) in Sachen Diehler zu Offenbach gegen die Concursmasse des Ökonomieraths Weber daselbst, in sp. die ihm vor- und gleich locirte Gläubiger, vom 16. October 1834. Das Nämliche gilt bezüglich des Laudemiums *). S. Erkenntniß oben 1.

## X.

### Veräußerung einer Erbleihe und hierzu erforderlichen Einwilligung des Erbleihherrn **).

In so fern im concreten Falle nicht dargethan werden kann, daß einer Erbleihe ***) die wahre Natur der römischen Emphyteusis durch Vertrag, Gesetz oder Herkommen, verliehen ist, können auf jenes, lediglich nach deutschem Privatrecht zu beurtheilende, Rechtsinstitut die Vorschriften des römischen Rechts über die Emphyteusis nicht angewendet werden. Es tritt dieß namentlich in Bezug auf die Veräußerung der Rechte ein, welche dem Erbleihträger auf das Erbleihgut zustehen (dominium utile), indem eine solche Veräuße-

*) Mittermaier a. a. O. §. 496 (§. 444). S. 1125.

**) Mittermaier a. a. O. §. 487 (§. 435). S. 1107. §. 488 (§. 436). S. 1112.

***) S. bes. Goldmann, die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen in Beziehung auf Befreiung des Grundeigenthums und der Person von alten drückenden Beschränkungen und Lasten. Darmstadt 1831. S. 24 f., wo der Verf. sagt: „Die Bauernlehen erscheinen — in dem Großherzogthum Hessen noch unter sehr vielfachen Gestalten und in sehr großer Anzahl. Als Lehnsherrn finden sich Standesherrn, adeliche Gerichtsherrn, sonstige Privaten, Pfarrstellen, Kirchenkasten, Wohlthätigkeitsanstalten, und als der bedeutendste: der Großherz. Kameralfiscus. Eine große hieraus hervorgehende Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse in den einzelnen Fällen, welche stets vor Allem aus den vorliegenden Verträgen, zunächst aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden müssen, wird daher nicht auffallen. — Sehr viele, von den Standesherrschaften der Provinz Oberhessen derivirende, Bauernlehen tragen fast ganz die Natur der eigentlichen römischen emphyteusis an sich. Selbst die fiscalischen Bauernlehen sind, weil der jetzige Bestand des Domanialvermögens durch Territorialveränderungen und Austauschungen aus sehr verschiedenartigen Bestandtheilen zusammengesetzt ist, von sehr mannigfaltiger Art.“ ꝛc.

Digitized by Google

rung ohne Einwilligung des Erbleihherrn ungültig ist, es in Ermangelung besonderer partikularrechtlicher Bestimmungen *) lediglich von seiner freien Willkühr abhängt, ob er diesen Consens ertheilen will, und er daher auch durch den Richter zu dessen Ertheilung nicht gezwungen werden kann.

Erkenntniß 1) vom J. 1817 in Sachen der Erbbeständerin Barbara Spies zu Habitzheim und ihres Gläubigers Friedrich Lautz zu Umstadt gegen den Freiherrn von Wambolt, den Verkauf eines Erbleihguts betreffend. 2) vom 30. April 1830 in Sachen des Heinrich Becker zu Allendorf, modo des Johann Pauli daselbst, gegen Großherz. Cameral-Fiscus, Consensertheilung zum Verkauf einer Erbleihe betr.

---

*) S. Goldmann a. a. O. S. 18, wo der Verf. vorträgt: „Allgemeine Normen, wornach bei Consensen zu Verpfändungen und Veräußerungen von adelichen Lehen und nicht fiscalischen Bauernlehen zu verfahren ist, bestehen nicht. Es hängt hierin somit Alles von den Bestimmungen der Lehnsverträge, von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der freien Uebereinkunft der Betheiligten ab. In Beziehung auf die fiscalischen Bauernlehen sind dagegen durch ein Ministerialrescript vom 20. März 1823 der Oberfinanzkammer folgende mit den Allodifications-Normen in Einklang stehende Vorschriften darüber ertheilt worden: 1) Consense zu Verpfändungen und Veräußerungen dürfen nur bei solchen Lehen ertheilt werden, bei welchen ein Heimfall noch nicht zu erwarten ist, namentlich nur dann, wenn außer dem Lehenträger wenigstens noch zwei zur Nachfolge in das Lehen Berechtigte vorhanden sind. — — 3) Veräußerungsconsense können nur unter folgenden Bedingungen ertheilt werden: a) daß die Lehengüter nur in dieser ihrer Eigenschaft und mit Vorbehalt aller dem Fiscus als Obereigenthümer zustehenden Rechte, also blos hinsichtlich des nutzbaren Eigenthums, veräußert werden dürfen; b) daß der Käufer einen neuen Leihbrief auslösen muß und c) die vertragsmäßigen oder sonst gewöhnlichen Laudemialgelder von dem Kaufschilling entrichtet werden." — Vgl. noch Rühl a. a. O. §. 203. S. 183. 184.

Nach dem Zeugnisse von Luteran und Beck S. 376 kann im Erbachischen und in der Herrschaft Brauberg der Erbbeständer das Gut „ohne Genehmigung der Gutsherrschaft an Fremde weder verkaufen, noch verpfänden."

Digitized by Google

## XI.

### Revocatorische Klage von Seiten der Descendenten eines Vasallen *).

Nach dem longobardischen Lehnrecht sind die Descendenten eines Vasallen, welcher das Lehn veräußert oder verpfändet hat, zu Anstellung der revocatorischen Klage oder Anfechtung der Verpfändung, selbst dann, wenn sie nicht Erben in dem Allodium gewesen sind, nicht befugt **).

Urtheil vom 26. November 1829 in Sachen des Königlich Preußischen Regierungsdirectors von Porbeck gegen die Stiftsdirector von Rau'sche Concursmasse ***).

---

*) Westphal, Teutschlands heutiges Lehenrecht, Leipzig 1784. Abhandlung 9. „Von der Verpflichtung der Lehens-Nachfolger, besonders der Kinder, zu den Handlungen ihrer Verweser." S. 68—76. G. L. Böhmer, Princip. jur. feud. Edit. VII. Gött. 1805. §. 276, bes. Note c, wo der Rechtssprechung gedacht wird.

**) So lehrt z. B. Pätz, Lehrbuch des Lehenrechts, herausgegeben von Goede. Neue Aufl. Gött. 1819. §. 136.

Vergl. noch A. Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen. Neust. Dritter Jahrg. 1830. S. 178 f., wo ein Rechtsfall wegen Revocation eines veräußerten Lehens durch Descendenten von Ortloff mitgetheilt ist.

***) Uebereinstimmend ist die Praxis des Oberappellationsgerichts in Celle nach dem Zeugnisse von Hagemann, prakt. Erörterungen, Band 8. Abthl. 2. S. 117 f.

Anm. der Red. Die entgegengesetzte Ansicht ist nach dem deutschen und württembergischen Recht aufgestellt in Reyscher's württ. Privatrecht §. 386. Nr. 4. §. 388 a. E., wo übrigens nicht ein gleichsam unverjährbares Widerrufsrecht angenommen, sondern dieses auf Jahr und Tag, von erlangter Wissenschaft der Veräußerung, beziehungsweise auf 30 Jahre von der Veräußerung selbst an, begrenzt wird. Der Grundsatz von der Unzertrennlichkeit der descendentischen Lehens- und Allodialfolge, worauf obige Ansicht sich stützt, und welche auch in dem Aufsatze Michelsens oben S. 223 wieder in Schutz genommen worden, scheint für das deutsche Recht noch nicht hinreichend festgestellt; auch ist die Praxis demselben vielfach entgegen; namentlich in Württemberg. Eine nähere Besprechung dieser Punkte wäre sehr erwünscht. R.

---

Digitized by Google

# Zeitschrift

für

# deutsches Recht

und

# deutsche Rechtswissenschaft.

---

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

A. L. Reyscher und W. E. Wilda.

Sechster Band.

---

Leipzig, 1841.

Verlag von Otto Wigand.

Digitized by Google

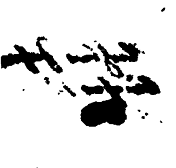
Digitized by Google

# Inhalt

## des sechsten Bandes.



Digitized by Google



Digitized by Google

# I.

# Die Reception

des

# Römischen Rechts in der Mark Brandenburg und die Preußische Gesetzgebung vor König Friedrich II.

Von

**Dr. E. A. Th. Laspeyres,**
ordentl. Professor der Rechtswissenschaft zu Halle.

---

Mit welchem Eifer König Friedrich Wilhelm I. während seiner ganzen Regierungszeit für die Verbesserung der Rechtspflege in Preußen gesorgt habe, ist weder unbekannt, noch hat diesen Bemühungen rühmende Anerkennung gefehlt, wenn schon bisher die Vorfriedericianische Gesetzgebung nur wenig erst für das Verständniß des neueren Preußischen Rechts benutzt worden ist, um dieses so mit den gemeinrechtlichen Einrichtungen und Normen näher zu verknüpfen. Das Hauptziel jener legislativen Bestrebungen war eine bessere Gerichtsverfassung und eine Umgestaltung des Rechtsverfahrens durch Beseitigung eingeschlichener Mißbräuche und hergebrachter Formalitäten. Daß eine Reform des materiellen Rechts nicht außerhalb der Intentionen des Königs gelegen hat, der Proceßgesetzgebung vielmehr die Ausarbeitung eines Landrechts zur Seite gehen sollte, ist zwar in mehreren Verordnungen ausgesprochen, die Art und Weise aber, wie dies geschehen solle, nur unbestimmt angedeutet worden; auch fand sich von Maaßregeln, welche zu diesem Behufe wirklich schon damals getroffen wären, so wenig eine Spur, daß es leicht erklärlich ist, wenn man in neuerer Zeit jene Aeußerungen fast ganz übersehen hat, und König Friedrich den Großen als den alleinigen und wahren Urheber jener umfassenden Rechtsreform zu betrachten pflegt, welche wie für das Prozeßverfahren in der Allgemeinen Gerichtsordnung, so nach der materiellen



Digitized by Google

Seite hin in dem Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten ihren Abschluß erhielt [1]).

Der Zufall hat kürzlich, bei Durchsicht der älteren Acten hiesiger Juristenfakultät, ein Document in meine Hände geführt, aus welchem nicht bloß erhellt, daß zur Ausführung jenes legislativen Planes bestimmtere Schritte geschehen sind, sondern welches auch über die leitenden Grundsätze näheren Aufschluß giebt, nach denen die Bearbeitung eines Landrechts erfolgen sollte und zugleich den Beweis liefert, daß man damals schon die der Gesetzgebung gestellte Aufgabe in ähnlicher Weise aufgefaßt hat, als später in den bekannten Cabinets-Ordren vom 31. Dec. 1746 und 14. April 1780 von Friedrich dem Großen geschehen ist. Dies Document, in einem Cabinetsbefehle Kön. Friedrich Wilhelm's zur Ausarbeitung bestimmter Constitutionen, und in einer zu dem Behuf beigefügten Instruction bestehend, der Oeffentlichkeit zu übergeben, erschien mir um so wünschenswerther, als sich meines Wissens nirgends eine Notiz hiervon vorfindet, schwerlich auch dem wohlverdienten Ruhme seines großen Sohnes und Nachfolgers es irgend zu Schmälerung gereichen kann, daß, was Er gleichsam als Ideal der Gesetzgebung aufstellte, schon vor ihm als unerläßliches Bedingniß und zugleich als das sicherste Mittel einer durchgreifenden Verbesserung der Rechtspflege gilt, und daß die Principien, auf welche die von ihm ins Leben gerufene Rechtsform gegründet werden sollte, weniger das Ergebniß seiner individuellen Ueberzeugung, als der Ausdruck weit verbreiteter Ansichten seines Zeitalters waren. Anfangs beabsichtigte ich, mich auf wortgetreue Mittheilung jenes Rescripts zu beschränken; bald jedoch überzeugte ich mich, daß die legislativen Pläne König Friedrich Wilhelm's, wie sie äußerlich an ähnliche, nur auch erfolglos gebliebene Bestrebun-

---

1) Nur in Thöne's Handbuch des preuß. Privatrechts Bd. I. S. 2 habe ich die beiläufige, nicht näher belegte Notiz gefunden, daß schon König Friedrich Wilhelm I. darauf bedacht gewesen, nicht bloß den Prozeßgang, sondern das ganze Justizwesen mit Hülfe Coceji's zu verbessern, daß es aber Friedrich dem Gr. vorbehalten geblieben, diese Reform fortzuführen. Auch Fr. Förster's Leben K. Friedrich Wilhelm's I. Thl. 2. S. 261 flg. gibt, wie überhaupt von dem, was für die Verbesserung der Rechtspflege geschah, sehr dürftige, so über diese Seite der Legislation gar keine näheren Notizen.

Digitized by Google

gen des 17. Jahrhunderts sich anschlossen, ihrer ganzen Richtung nach durch den Rechtszustand bedingt seien, welcher seit der Reception des Römischen Rechts in den Brandenburgischen Gebieten sich gebildet hatte. In neuester Zeit hat nun zwar das lebhaftere, von der Regierung theils geweckte, theils geförderte Interesse für Provincialgeschichte und Provincialrecht Preußens auch nach dieser Seite hin zu eben so erfreulichen als lehrreichen Untersuchungen geführt. Allein theils sind sie bis jetzt so wenig zu anerkanntem Abschlusse gediehen, daß selbst über die Hauptfrage, über die Stellung nemlich, welche das einheimische Deutsche Recht zu dem Römischen behauptet habe, noch der entschiedenste Zwiespalt der Ansicht obwaltet; theils scheinen auch jene Forschungen keineswegs in dem Maaße ein Gemeingut der deutschen Rechtswissenschaft geworden zu sein, als sie es ihrem inneren Werthe nach und um der Wichtigkeit willen verdienen, welche den früheren Rechtszuständen Preußens für die Geschichte, seiner geltenden Gesetzgebung für die Theorie des gemeinen deutschen Rechts beigelegt werden darf. Hoffentlich wird daher der nachfolgende Versuch, jene Untersuchungen sowohl ihren Ergebnissen nach in prüfender Zusammenstellung darzulegen, als zu ergänzen und bis auf die Zeit der Fridericianischen Legislation fortzuführen, weder außerhalb der Grenzen des Vaterlandes freundlicher Aufnahme entbehren, noch dem Plane dieser Zeitschrift fremd erscheinen.

---

§. 1.

In der Mark Brandenburg und den damit verbundenen Landen, bis ins siebzehnte Jahrhundert dem einzigen Besitzthume des Hohenzollern'schen Fürstenhauses im nördlichen Deutschland [2], war neben den Sächsischen Rechtsbüchern, dem Statutarrecht der Städte und dem Landes- und Orts-Herkommen, bereits im 14. Jahrhundert das Römische Recht nicht etwa bloß bekannt, sondern galt unzweifelhaft schon als practisch anwendbare Rechtsquelle, wie geringe An-

2) Die immer lockere Verbindung Preußens mit dem deutschen Reiche war durch dessen Umwandelung in ein weltliches Herzogthum und Lehn der Krone Polen seit dem Jahre 1525 ganz aufgelöset; dieses Besitzthum der fränkischen Nebenlinie der Hohenzollern kommt daher nicht in Betracht.



Digitized by Google

wendung es auch in der Wirklichkeit damals noch gefunden haben mag. Mehr als die Urkunden, auf welche man vorzugsweise sich stützt [3]), kann die Glosse zum Sachsenspiegel dafür zum Beweise dienen. Dort mag die Erwähnung einzelner Einreden des Römischen Rechts oder die wörtliche Aufnahme von Stellen der Institutionen, Pandecten u. s. w. häufig nur in der Eitelkeit der concipirenden Notare ihren Grund haben, welche ihre academische Bildung zur Schau trugen, wenn sie nicht etwa gar dabei blindlings den ihnen vorliegenden Musterformularen folgten. Daß hingegen die Urheber der Glosse, bekanntlich zum größeren Theile der Märkischen Ritterschaft angehörig, nur aus gelehrter Vorliebe für das Römische Recht, und trotz dem, daß es nur erst dem Namen nach in ihrem Geburtslande als Kaiserrecht galt, den Versuch gemacht haben sollten, den Sachsenspiegel daraus zu erklären und zu ergänzen, darf von vorn herein bezweifelt werden; das Ansehen, zu welchem die Glosse binnen Kurzem gelangte, zeigt zur Genüge, daß auch in diesen Gegenden Deutschlands die Gerichte die practische Anwendbarkeit der fremden Rechte damals bereits anerkannten.

Irrig ist es daher jedenfalls, wenn man in der Kammer-Gerichts-Ordnung des Kurf. Joachim I. vom Jahr 1516 [4]), welche allerdings die Gültigkeit und Gesetzeskraft des Römischen Rechts ausspricht, eine förmliche Reception hat finden wollen, und dieselbe dahin zu erklären geneigt ist, daß hierdurch, und zwar erst damals, das Römische Recht gesetzlich eingeführt worden sei [5]). So wenig

---

3) Vgl. v. Raumer's Abh. über die Einführung des röm. Rechts in der Churmark Brandenburg in: v. Ledebur's allgem. Archiv für die Geschichtskunde des Preuß. Staats. Bd. 5. S. 312.

4) Vgl. C. Scholtz, das jetzt bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg. Berl. 1834. Abh. II Thl. 1. S. 12 flg., u. A. W. Götze, das Provinzial-Recht der Altmark nach seinem Standpunkte im Jahr 1831. Magdeb. 1836. Thl. 1. S. 6 flg.

5) Ueber die in vielen Punkten sehr ungewisse Geschichte dieser K.G.O. vgl. den Aufsatz „Stiftung des Cammergerichts" in Simon's und v. Strampff's Zeitschr. für wissensch. Bearb. des preuß. Rechts. Thl. I. Nr. XIII. S. 174 flg. — Der Zweifel, ob dieselbe dem Jahre 1516 oder 1526 angehört, dürfte sich dadurch erledigen, daß sie nach den Schlußworten der „Reformation des C.G. zu Cöln" v. J. 1540 schon früher einer Revision unterworfen worden ist,

Digitized by Google

der bekannten Vorschrift der Reichs-Kammer-Gerichts-Ordnung vom Jahr 1495 eine andere Deutung gegeben werden kann, jetzt auch wohl von keinem Juristen mehr gegeben wird, als daß dadurch die längst feststehende Gültigkeit des Römischen Rechts als eines gemeinen geschriebenen Kaiserrechts von neuem, und namentlich für das neu errichtete oberste Reichstribunal anerkannt worden sei, darf auch jenem Landesgesetze nur eine confirmatorische, nicht eine constitutive Bedeutung beigelegt, und darin nur ein Anerkenntniß der Gültigkeit des Römischen Rechts, keineswegs eine gesetzliche Einführung desselben gefunden werden. Die Fassung der betreffenden Stelle, dahin lautend [6]):

> „Als wir auch in Unsern Landen und Fürstenthum der vielfältigen Rechtsverordnung und Mangel befunden, wollen und setzen Wir, daß hinführo in Unserm Cammer-Gericht, Fürstenthum, Landen und gebieten gemeine Kayserliche Recht gehalten, und darnach gesprochen werden soll",

spricht nicht entfernt für eine solche Deutung, der ganze übrige Inhalt der K.G.O. entschieden dagegen, in wie fern derselbe wesentlich schon auf der schriftlichen Procedur des Römisch-canonischen Rechts beruht, diese letztere aber keineswegs vollständig darlegt, sondern als bekannt und im Gebrauche voraussetzt, und nur im Einzelnen näher bestimmt, in wie fern namentlich darin der Misbrauch verboten wird, welcher bisher von den Advocaten während der Verhandlung mit Allegaten und Rechts-Informaten getrieben worden [7]). Unbegreiflich aber ist, wie Götze „die erste Spur

---

indem es da heißt: „Und ausserhalb dieser Erklärung soll Unser C.G.O. samt voriger Reformation ... nachgegangen werden"; von dieser, nicht von der ersten Abfassung, ist der Eingang der Reform. v. Jahr 1540 zu verstehen, daß Kurf. Joachim „im 26. Jahre ungefährlich Unser C.G.O. allerley Besserung zugeleget", daß aber die Partheien „ungeachtet obgedachter geschehener Reformation ... in ihren Rechten mit schwerer Unkost und Nachtheilen verzogen."

6) S. Mylius Corp. Constit. Marchic. Thl. II. Abthl. 1. S. 10.

7) „Es sollen die Advocaten oder Redner vor diesem Gericht in ihrem fürbringen keine Lateinisch Wort oder Allegat uff zuschreiben fürtragen, ausgenommen gemeine Worte der Rechte nach gewohnlicher Ubung, die nicht verbothen; sundern wenn in den Sachen

Digitized by Google

einer Einführung des gemeinen Rechts" in der K.G.O. finden kann, nachdem er zu Widerlegung der irrigen Ansicht [8]), es sei schon im 15. Jahrhundert das Sachsenrecht in der Mark abgeschafft worden, unmittelbar zuvor auf eine Urkunde Friedrich's I. vom Jahr 1440 [9]) sich berufen hat, in welcher bei Belehnung mit den Gerichten zu Salzwedel die Weisung ergeht, zu richten und richten zu lassen „nach gemeinen beständigen Sachsen- und beschriebenen Rechten" [10]).

Nicht bloß aber, daß jene Aeußerung als gesetzliche Reception des römischen Rechts gelten soll, und dessen Gebrauch erst von da ab datirt wird, hat man darauf sogar die Behauptung gestützt, es sei damit allen und jeden, von den Gerichten bis daher befolgten, einheimischen Rechtsquellen derogirt worden, und an die Stelle der gemeinen Sächsischen Rechte so wie der besonderen Gebräuche, Gewohnheiten, Statuten u. s. w. sei fortan das römische Recht als allgemeine und allein gültige Entscheidungsnorm getreten. In der, jener Stelle der K.G.O. unmittelbar sich anschließenden Festsetzung:

> „Zu merken, daß Sohn und Tochter Kind mit ihrer Vater und Mutter Bruder und Schwester zu dem Erb ihres Groß-Vaters oder Groß-Mutter an ihren Eltern statt unverhindert sollen gestatt und zugelassen werden, nach laut gemeiner geschriebenen Recht, unangesehn das Sächsische Recht und die Gewohnheit, so bisher in dem Lande dawieder gehalten, die auch Kays. Maj. mit den Ständen des Reichs als der Mildigkeit, Recht und Billigkeit widerwärtig und ungemeß abgethan und vernichtiget" rc.,

---

beschlossen und concludiret ist, so mögen die part rechtliche Unterrichtung oder Juris informationes mit Nothdurfftigen Allegaten in ihren Schrifften in Gericht legen (Mylius a. a. O. S. 11).

8) Möhsen's Gesch. der Wissensch. in der Mark Brandenb. S. 186.

9) v. Raumer, Codex diplom. Brandenb. Tom. I. pag. 145.

10) Aehnlich heißt es in der Leipz. Ober-Hofgerichts-Ordn. v. J. 1488: „Es sollen auch alle Sachenn vor dem gerichte nach Sechßigischenn Rechtenn, wo das rechtlich und bestendigk außgedruckt, vorsprochenn werden; was aber unausgedrucket, tunkel adder unvornemlich ist, Sal es erföllunge und dewtunge nach gemeynenn rechtenn nehmen."

Digitized by Google

hat man zunächst den Beweis solcher gänzlicher Beseitigung des einheimischen hergebrachten Rechts zu finden geglaubt; vollends schien jedes Bedenken beseitigt zu werden durch die s. g. Joachimica oder „Constitution, Willkör und Ordnung der Erbfälle und andere Sachen wie damit durch die gantze Marck Brandenburg und zugehörendten Landen hinführo soll gehalten werden", und durch die Landtags-Rezesse aus den Jahren 1534. 1536 und 1538. In der ersteren nemlich v. J. 1527 [11]) heißt es im Eingange:

„... haben Wir, mit allen Unsern Praelaten, Grafen, Herren, Ritterschafft und Städten Unsers Churfürstenthumbs einträchtigen Rath, Vollwort, Willen und Gefallen, alle Constitution, Ordnung, Privilegia, Ubung und lang hergebrachten Gebreuche, sonderlich der Erbfälle, welcherley Gestalt die biß anhero in Unsern Landten und Churfürstenthumb gehalten, gäntzlich und gar auffgehoben und abgethan rc. rc.,

und unter der Rubrik „von gemeinen Erbfällen" nachher in ähnlicher Weise:

„Dieweil unser Churfürstenthumb Brandenburg im röm. Reich begriffen, so ordnen und setzen Wir ... daß in unsern Landten in allen gemeinen Erbfällen KeyserRecht gesprochen werde, welches Wir auch in den und andern kriegerischen Sachen, so in Unser Churf. Cammergericht verhandelt werden, zu behalten verordnet und befohlen haben, wie denn solches mit Rath, willen und Vollwort aller Geständen unser Landte gewilligt und angenommen";

endlich wird bei Bestätigung des alten Schöppenstuhls zu Brandenburg, „von dem auch die umliegendte Städte, Flecken und sonsten jedermänniglich in allen ihren Sachen, auch in Erbfällen, Recht, Urtheil und Belehrung suchen und hohlen möge wie vor alters", festgesetzt, daß dieser „nicht anders, denn nach dieser Satzung und Wilckör in den Außgedruckten Articuln, und sonsten in allen andern Sachen nach beschriebenem KeyserRecht Belehrung und Urtheil geben und sprechen" solle. Jene Landtags-Rezesse [12]) dagegen lauten fast wörtlich übereinstimmend dahin:

---

11) Mylius a. a. O. S. 19 flg.

12) Mylius a. a. O. Thl. VI. Abthl. 1. S. 28, 35, 48.

Digitized by Google

„Und weil die Gestände Unser Landschafft sich eintrechtig mit Uns vereiniget und verwilliget, daß hinführo in Unsern Churfürstenthumb und Landen KeyserRecht gehalten und gesprochen werden soll, Derowegen sich Unsere Praelaten, Herrn, Mann und Städte sich aller Gebräuch und Gewohnheiten voriger Gericht und Rechtens vorziehen und abgesaget, Ordenen und wollen Wir, daß hinfurder in Erbtheilungen keine Heergeweden, Gerade noch Mußtheil soll genommen noch gegeben werden, besondern in dehme und allen andern KeyserRecht, dergestalt wie hiebevor in Unserer auffgerichteten Constitution und Ordnung der Erbfelle geordnet, durch jedermanniglich soll gehalten werden."

Zu Anfang schon des 17. Jahrhunderts hat sich auf Grund dieser Stellen die Ansicht von alleiniger Geltung des Römischen Rechts festgestellt [13]; wie sehr dies andererseits bis auf die neuere Zeit herab die herrschende Meinung geblieben ist, hat sich zu Ende des vorigen Jahrhunderts bei den Berathungen über das Märkische Provincial-Gesetzbuch gezeigt, wo die ständischen Deputirten das Römische Recht, weil von den Ständen förmlich und als alleinige Norm recipirt, als das besondere Provincialrecht der Mark geltend machen, und dem allg. Landrechte gegenüber erhalten wissen wollten [14]. Selbst die bei dieser Veranlassung in höchster Instanz ausgesprochene, unzweifelhaft richtige Ansicht, daß das Römische Recht von jeher in der Mark nur subsidiäre Geltung gehabt, und die besondern Ge-

13) Vorläufig genüge die Verweisung auf Joachim Scheplitz in dessen Consuetudines Electoratus et Marchiae Brandenburgensis. Lib. I. P. II. Tit. I. §. 1—4: „Mit eintrechtigem Rathe, Willen und Vollwort des Landesfürsten und aller Stände auff gemeinen Landtagen ist gewilliget unnd angenommen worden, daß im Churf. Brandenburg KayserRecht soll gehalten und gesprochen werden. — Derowegen haben sich auch alle Stände des Landes aller Gebräuche und Gewonheiten voriger Gerichte und Rechte verziehen und abgesaget. — Und soll solches standt haben nicht alleine in Erbfällen, Testamenten und was denen anhengig, sondern auch in allen andern Fällen und Sachen. Darumb auch in Lehnsachen KeyserRecht gehalten wird, wie auch mit etzlichen Fällen in judicio contradictorio bewiesen werden kann."

14) Vgl. Scholtz a. a. O. S. 41 flg.

Digitized by Google

wohnheiten, überhaupt das ältere Partikularrecht aus der Zeit vor der Reception keineswegs verdrängt habe [15]), hat nicht durchzudringen vermocht, oder auch nur Zweifel erweckt. Erst vor wenigen Jahren ist jene seit mehr als zwei Jahrhunderten überlieferte Behauptung angefochten, und die Reception des Römischen Rechts einer gründlichen Prüfung unterworfen worden [16]). Nicht im Ganzen, sondern allein in Betreff der Erbfolge habe Kurfürst Joachim I. das Sächsische Recht mit Bewilligung der Stände abgeschafft, und statt dessen das Römische Erbrecht gesetzlich eingeführt; nur Mißverständniß und Mißdeutung jener Verordnungen, zu welchen in deren zum Theil ungenauen, vielleicht absichtlich zweideutigen Fassung die Vorliebe jener Zeit für Römisches Recht und die damals herrschende Ansicht von dessen Werth und Geltung Anlaß und Anhalt fand, habe das letztere für das in der Mark allein gültige erklärt; so sei allmählig im Laufe des sechszehnten Jahrhunderts das gemeine Sachsenrecht verdrängt, und demselben, auch abgesehen vom Erbrecht, das Römische Recht, nicht aber bloß als subsidiäre, sondern als principale Rechtsquelle substituirt worden. Auf richtiger Grundlage beruht diese Auffassung unzweifelhaft; nur hat unseres Erachtens v. Raumer dem ersten gesetzlichen Anerkenntniß des Römischen Rechts, der Kammer-Gerichts-Ordnung nemlich v. J. 1516, eine zu beschränkte Beziehung, und zugleich irriger Weise eine derogatorische Bedeutung, damit aber seinen Gegnern selbst die Waffen in die Hände gegeben. So hat denn auch seine Ausführung wenig Anklang gefunden, vielmehr der von ihm bekämpften Ansicht eher zur

15) Das in Folge jenes Verlangens an den Ausschuß der Märkischen Stände ergangene allerhöchste Rescript vom 22. August 1798 (bei Scholtz a. a. O. mitgetheilt) erklärt sich dahin: „Es ist sonderbar, wenn gedachte Comite das römische Recht darum als ein Märkisches Provinzialgesetz ansehen ... will, weil das römische Recht durch ältere Recesse in der Kurmark recipirt worden. Lange vor dieser Reception hatte die Kurmark ihre Provinzialgesetze und Gewohnheiten, die, weil das römische Recht nur als subsidiarisches Gesetz aufgenommen wurde, dadurch nicht verdrängt, sondern bis auf den heutigen Tag beobachtet wurden u. s. w."

16) Vgl. v. Raumer in der Note 2) angeführten Abhandlung.

Digitized by Google

Bestärkung gedient, so daß deren Herrschaft jetzt fast als unbestritten erscheint; und doch kann es, wie wir glauben, bei unbefangener und allseitiger Prüfung keinem Zweifel unterliegen, daß die Reception des römischen, das Schicksal des einheimischen Rechts in der Mark kaum in untergeordneten Punkten von dem Gange abweicht, welchen in andern Territorien Deutschlands die Rechtsbildung und Gesetzgebung seit dem Anfange des sechszehnten Jahrhunderts genommen hat.

§. 2.

Bei historischen Untersuchungen ist allerdings, soweit es sich nicht um Auffassung und Erklärung erwiesener Thatsachen, sondern um deren Feststellung selbst handelt, auf allgemeine Argumentationen und Analogieen nur geringes Gewicht zu legen, und die Vergleichung mit andern Ländern und mit ähnlichen Ereignissen derselben Zeit kann wenig entscheiden. Leugnen aber läßt sich nicht, daß es eine in aller Weise auffallende Erscheinung wäre, wenn wirklich die Märkischen Stände einmüthig das römische Recht als fortan alleinige Rechtsquelle recipirt, und selbst aus freiem Entschlusse für alle und jede Verhältnisse des öffentlichen und Privatlebens den althergebrachten Rechtszustand beseitigt hätten. Bekannt ist es ja, wie gerade Ritterschaft und Städte fast überall laute Klagen erhoben haben, seit die gelehrte Jurisprudenz in die oberen Gerichte und in den Rath der Fürsten gedrungen war, und Rechtspflege wie Gesetzgebung überall nur den Maaßstab des römischen Rechts anlegen wollte[17]). Um so mehr wird daher der strengste Beweis gefordert werden dürfen, daß es sich wirklich so verhalte, zumal über jene vermeintlich gänzliche Abschaffung des einheimischen Rechts die gleichzeitigen Geschichtschreiber schweigen, auch die Acten über die Fundation des Kammergerichts durchaus nichts von Verhandlungen mit den Ständen enthalten, und hieraus auf deren unbedingte Bereitwilligkeit zu diesen so durchgreifenden Aenderungen zu schließen[18]), offenbar viel gewagter ist, als die Annahme, daß es sich mit der

17) Eine Zusammenstellung desfallsiger, freilich ziemlich erfolgloser Beschwerden und Anträge findet sich in Kraut's Grundriß zu Vorles. über das deutsche Privatrecht 2te Ausg. Gött. 1839. §. 27.

18) Dies geschieht von Scholtz a. a. O. S. 4, welcher auch die obige Notiz über die Acten des Archivs mittheilt.

Digitized by Google

Reception des römischen Rechts nicht so, wie gewöhnlich behauptet wird, verhalten habe, und daß wenigstens ursprünglich damit keine Umgestaltung des bisherigen Rechtszustandes verbunden gewesen sei, welche Bedenken und Widerspruch hätte erregen können.

Die obige Stelle der K.G.O. v. J. 1516 über Haltung des gemeinen kaiserlichen Rechts auf Reception des römischen Erbrechts zu beschränken, ist allerdings schlechthin unmöglich. Daß gleich nachher Festhaltung der bekannten Reichsabschiede [19]) anbefohlen wird, welche den Tochterkindern gleiches Erbrecht mit den Enkeln von Söhnen, und auch neben diesen die Succession in den Nachlaß der Großeltern zugestanden hatten, in diesem Punkte auch jeder abweichenden Gewohnheit (diese war nach dem Sachsenspiegel Bd. I. Art. 5. §. 1 bisher fast gemeines Recht gewesen) schlechthin derogirt wissen wollten, so daß allein fortan „laut gemeiner geschribner keyserlicher Recht" erkannt würde, daß also in unmittelbarem Anschlusse an jene Bestimmung nur für eine erbrechtliche Frage auf das römische Recht verwiesen ist [20]), kann gar nichts entscheiden. Denn möchte

19) Reichsabsch. zu Freiburg v. J. 1498. §. 37 und Reichsabsch. zu Augsburg v. J. 1500. §. 19. Schon im J. 1511 hatte Kurf. Joachim durch ein besonderes, von v. Raumer a. a. O. S. 329 mitgetheiltes Ausschreiben den Augsburger Beschluß an die Märkischen Städte zu allgemeiner und ausschließlicher Befolgung communicirt.

20) „Zu merken": (so lautet bei Mylius a. a. O. S. 10 der ganze betreffende Passus) „daß Sohn und TochterKind mit ihrer Vater und Mutter Bruder und Schwester zu dem Erb ihres GroßVaters oder GroßMutter an ihren Eltern statt unverhindert sollen gestatt und zugelassen werden, nach laut gemeiner geschriebenen Recht, unangesehn das Sächsische Recht und die Gewohnheit, so bisher in dem Lande dawieder gehalten, die auch Kays. Majestät mit den Ständen des Reichs als der Mildigkeit, Recht und Billigkeit wiederwärtig und ungemeß abgethan und vernichtiget, soll in seinen Würden bleiben und von jedermänniglich in Unsern Landen gehalten, das Erb also, wie obstehet, gegeben und genommen werden; doch so die Ausländischen und Anstösser Unserer Lande Unsern Unterthanen und Verwandten solche Erbschichtigung in obgemeldtem Falle nicht geben, noch pflegen (folgen?) werden, sollen die Unsern wiederum denselben dermassen das Erb zu geben nicht schuldig seyn, noch geben lassen."

Digitized by Google

es auch gewagt erscheinen, diesen ganzen Artikel für ein Emblem, oder doch für einen später erst in den Text aufgenommenen Zusatz auszugeben, was übrigens sowohl durch dessen Stellung mitten zwischen rein prozessualischen Vorschriften, als durch die Eingangsworte: „zu merken" einige Unterstützung erhielte; immer steht doch fest, daß gerade in Betreff des Erbrechts die K.G.O. ausdrücklich die unbedingte Gültigkeit des Römischen Rechts ausgeschlossen hat, indem es am Schlusse heißt: „daß alle Constitution und Gewohnheit der Lande in Erbfällen, außgenommen den Articul in Kais. Maj. und des Reichs Ordnung ausgedruckt und publiciret, in ihren Würden, und mit dieser Unser Gerichts Ordnung nicht uffgehoben seyn soll, die Sie von alter löblicher Gewohnheit in Ubung hergebracht und gebraucht haben"[21]).

Von einer allgemeinen Bestätigung des Römischen Rechts will daher Götze[22]) mit gutem Grunde jenen Befehl verstanden wissen, daß „gemeine Keyserliche Recht gehalten und darnach gesprochen werden soll", und weder ist ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Stellen zu behaupten, noch ein äußerer vorhanden. Allein eben so wenig kann diese allgemeine Verweisung auf das Römische Recht als eine ausschließliche, und zugleich von einer Beseitigung aller bisherigen Rechtsnormen, von einer gänzlichen Aufhebung des Partikularrechts verstanden werden. Die Worte „unangesehn das Sächsische Recht und die Gewohnheit" kommen nicht weiter in Betracht, als für jene einzelne erbrechtliche Streitfrage; aus der Schlußclausel[23]) durch ein argumentum a contrario diese Derogation zu begründen, wäre um so bedenklicher, als selbst in dem Prozeßgange der K.G.O. deutliche Spuren des ältern Deutschen Rechts vorliegen[24]), und der Procuratoren Eid ausdrücklich auf Be-

21) Mylius a. a. O. S. 19.

22) A. a. O. S. 7.

23) Daß für das Erbrecht ein besonderer Vorbehalt zu Gunsten der Orts-Statuten u. s. w. beliebt wurde, mag dadurch veranlaßt sein, daß über eine solche Umgestaltung des Erbrechts, als später durch die Joachimica erfolgte, damals vielleicht schon Verhandlungen mit den Ständen gepflogen, aber noch nicht zum Abschluß gekommen waren.

24) So insbesondere in Beibehaltung mündlicher Erörterung, in dem Contumacial- und im Executions-Verfahren, in den Bestimmun-

Digitized by Google

achtung alles dessen gestellt ist, „das sich von rechtes oder gewohnheit wegen gebüret"; ohne allen Grund bezieht auch v. Raumer (von seiner Ansicht aus natürlich nur rücksichtlich der Erbfolge) die Worte „der vielfaltigen Rechtsverordnung Mangel" auf die Verschiedenheit der statutarischen Rechte, da zu deren Bezeichnung der Ausdruck: „Rechtsverordnung" eben so unpassend und ungewöhnlich wäre, als die Beziehung auf gerichtliche Verfügungen und Entscheidungen durch den ganzen Context und durch den Sprachgebrauch jener Zeit gerechtfertigt wird. Im Zusammenhalte mit der unmittelbar vorhergehenden Stelle der K.G.O., daß das Gericht sich jederzeit gütlicher Beilegung des Rechtsstreits befleißigen, „wo das aber nicht statt haben wird, was recht ist ergehen und geschehen lassen" solle, kann daher offenbar der Hinweisung auf das Römische Recht keine andere Bedeutung gegeben werden, als daß, wie es einmal für das Prozeßverfahren und als materielle Entscheidungs-Norm zu gemeinrechtlicher, obschon nur subsidiärer Gültigkeit in ganz Deutschland gelangt sei, auch in der Mark fortan das Römische Recht in gleicher Weise zur Anwendung kommen solle. Nicht mit ausschließlicher Rechtskraft, sondern nur als gemeines Recht hat also die K.G.O. das Römische Recht weniger recipirt, als anerkannt; nach dem Vorbilde anderer Länder ist dadurch auch in der Mark Brandenburg nur dem Sachsenspiegel und den andern Rechtsbüchern des Mittelalters, welche bisher als Quelle und Zeugniß des gemeinen Rechts gegolten hatten [25]), die von der Theorie längst, obschon

gen über das Pfändungsrecht u. s. w. Gerade hiergegen sind auch hauptsächlich die Monita der beiden Bischöfe von Brandenburg und Lebus gerichtet (in der Zeitschrift f. wissensch. Bearb. 2c. S. 184 ff.), welche man damals einzuholen für dienlich erachtete, während andrerseits doch ein Anschluß an die hergebrachte Gerichtsverfassung in dem Vorschlage sich kund giebt, daß, wenn in Folge von Krankheit u. s. w. von den 12 Beisitzern weniger als 8 zum Gerichtstage erschienen, dem Kammer-Richter und den Beisitzern das Recht zustehen solle, „zu sich Andere in ihre Statt zu fordern von den nächsten vornehmlichsten der Oerter", damit doch das Gericht gehörig besetzt sei und gehalten werden könne.

25) Daß diese im Sprachgebrauche jener Zeit regelmäßig unter dem Ausdrucke Sächsisches Recht gemeint sind, ist bekannt genug. Vgl. Kraut a. a. O. §. 32. S. 97 ff.

Digitized by Google

ohne Grund, verneinte Autorität gesetzlich abgesprochen worden; das eigentliche Provinzial- und Statutar-Recht, die besondern Landes- und Orts-Gewohnheiten sollten dagegen in unverkürzter Geltung und bisherigem Ansehen verbleiben.

Anders stellt sich die Sache bei der s. g. Joachimica. Im Allgemeinen beruht diese allerdings auf dem Prinzipe gänzlicher Beseitigung der örtlichen Rechtsverschiedenheit, und auf alleiniger Gültigkeit des römischen Rechts. Jenes ist in den oben angeführten Worten unumwunden ausgesprochen, und in dem anerkannt, was über Veranlassung und Nothwendigkeit dieses Gesetzes im Eingange bemerkt wird [26]; auf dem römischen Rechte aber beruhen nicht blos zum großen Theile die einzelnen Bestimmungen, namentlich die über Intestat-Succession oder die s. g. „gemeinen Erbfälle", sondern es wird auch, wie öfters im Contexte, so noch am Schlusse auf römisches Recht mit der Clausel verwiesen: „Und so über hieroben gesetzte, gewillkörte und angezeigte Gemeine Erbfälle etliche sonderliche Fälle sich begeben würden, die hierinnen nicht begriffen, sollen dieselbigen nach gemeinen und beschriebenen KeyserRechten geörtert und gesprochen werden" [27].

Indessen unbedingt ist diese Derogation der hergebrachten Gewohnheiten und Gebräuche auch in Erbsachen keineswegs eingetreten, und nicht einmal dies ist richtig [28], daß nur in Betreff der gesetzlichen und der vertragsmäßigen Erbfolge der Ehegatten

---

26) „So Wir aber befunden," heißt es da, „daß die Erbfälle in Unsern Landten mancherley gestalt, als etwan durch sonderliche Constitution und Ordnung, etwa durch erwunnen Privilegia, bey etlichen auch allein aus angenommener Ubung und langen hergebrachten Gebrauch eingeführet und ungleich gehalten werden: Welches zum theil, wiewohl vieleicht leidlich seyn möchte, aber dennoch gemeinem geschrieben Rechten ungemeß, eines Theils auch demselbigen und aller Billigkeit stracks entgegen, und von deßwegen Uns sambt den Rechtsverständigen nach eines jeglichen Orts Gebrauch Recht zu sprechen nicht müglich, dadurch manchen sein Recht entzogen, und des seinen aus Unschicklichkeit der vielen Recht in Unsern Landen, so offtmahls gegen einander und wiederwendig gespühret, verlustig werden möchte u. s. w.

27) Art.: Wie des verstorben Bruder ꝛc. (Mylius a. a. O. S. 26).

28) Dies behauptet sowohl Scholtz a. a. O. S. 16, als Götze a. a. O. S. 8.

Digitized by Google

das römische Recht ausgeschlossen geblieben sei [29]). Denn nicht zu erwähnen, daß über den von ausländischen Erben zu zahlenden Abschoß es so soll gehalten werden, „wie hiebevor und von alters geschehen und Herkommen ist", daß für den Fall, wo Kinder- und Erbgelder nur in einen anderen Gerichtsbezirk übergehen, der Abschoß bestätigt und auf ein Bestimmtes festgesetzt wird [30]), so erkennt die Joachimica zwar die Zulässigkeit testamentarischer Verfügungen „nach Rechtsform", zugleich aber auch den Grundsatz des gemeinen deutschen Rechts an, daß über liegende Gründe eine Verfügung nicht anders erlaubt sei, als mit Zustimmung der nächsten Erben [31]).

29) Art.: „Erbfälle zwischen Eheleuten." (Mylius a. a. O. S. 21. 22.)

30) S. Art. „Von Kindergeldt und Erbgeldt" (ebend. S. 23 u. 24).

31) „Aber doch", heißt es im Art. Von Testamenten (a. a. O. S. 22), „soll an liegenden Gründen allein eine Summa oder Würderung und nicht das Guth bescheiden werden, Es geschehe dann mit der Erben und der Herrschaft Willen", und gleicherweise erkennt theils der Art.: „Erbfälle zwischen Eheleuten" nur die Gültigkeit dessen an, „was in der Ehestiftung von beyderseits Freundschafft bedingt, verbrieffet und beschlossen, daß eins dem andern übergiebet nach seinem Todt an Geldt, fahrender Habe oder Vortheil an liegenden Gründten zu vorauß zu haben", theils wird hier bestimmt, daß „in solcher Vermachung und Ubergabe zwischen Eheleuten, die ohne Eheliche Leibes Erben seyn und bleiben, soll kein liegend Grund anders, dann auf eine Summa Geldes angeschlagen, vermachet oder übergeben werden, Es geschehe dann mit der Erbnehmen Willen." Daß hierbei zwischen eigentlichem Erbgute und selbst gewonnenen Grundstücken noch gar kein Unterschied gemacht wird, verdient eben so hervorgehoben zu werden, als die Deutung, welche schon zu Scheplitz Zeiten jenen Bestimmungen dahin gegeben ist, daß, „wann offtmals mancher einem Frembden, der sein guter Bekanter ist, viel mehr vertrauet, und zu seinen Händeln zeuhet, die obgesetzte wort: „von beyderseits Freundschafft bethedinget" nicht alleine von den Blutfreunden, sondern vielmehr von einem jeglichen guten Freunde gedeutet werden" könnten, und daß bei mangelndem Consense die Disposition über liegendes Gut wenigstens quoad aestimationem gültig sei. Vgl. Scheplitz, Consuetudines etc. Lib. I. P. III. tit. 2. §. 9 u. 20 und tit. 4. §. 3.

Digitized by Google

Noch viel weniger aber erscheint es gerechtfertigt, wenn man der Joachimica noch über das Gebiet des Erbrechts hinaus eine derogatorische Bedeutung für das hergebrachte Landes= und Orts=recht vindicirt hat.

Auf den Ausdruck des Eingangs „sonderlich der Erbfälle" ist kein Gewicht zu legen, da unter Erbfällen hauptsächlich die Intestat=Succession begriffen ist, auch über andere der Erbfolge verwandte Gegenstände in der Constitution disponirt wird, und unmittelbar nachher, wo des Verzichts der Stände auf die bisherigen Gewohnheiten u. s. w. nochmals Erwähnung geschieht, die Formel gebraucht wird, „so viel die alten Erbfälle, Testament, auch Abschosse von Erbguth und Kindergeldt belangen." Andrerseits ist es gerade um der in Erbsachen eingetretenen Aenderungen willen wohl erklärlich, wenn der Brandenburger Schöppenstuhl „auch in Erbfällen" als Oberhof bestätigt wurde, und daß hier unter den „allen andern Sachen", in welchen nach „beschriebenem Keyser Recht" Belehrung und Urtheil gegeben werden soll, nur Erbstreitigkeiten gemeint seien, ergibt der Gegensatz „der außgedruckten Articuln dieser Satzung und Willckör" zu genügender Evidenz [32]). Für jene Behauptung bleibt somit als Stützpunkt nur die Stelle, wo bei Anerkennung des Römischen Rechts für die gemeinen Erbfälle es heißt: „welches Wir auch in den und andern kriegerischen Sachen, so in Unser Churf. Cam=

32) Uebrigens ist nicht zu leugnen, daß den obigen Worten schon früh eine Beziehung auf alle sonstigen Civilsachen gegeben worden ist. Denn in dem für die Märkischen Städte im J. 1540 ausgestellten Special=Rezesse (Mylius Thl. 6. Anh. zum 1. Register S. 55), worin der Brandenburger Schöppenstuhl angewiesen wird, in peinlichen Sachen „auch nach Keyser Recht und des Heil. Reichs aufgerichteten Halßgerichts Ordnung", und nicht, wie bisher noch, „nach alten Gebrauch, der gantz dunkel und unverständig, auch zum Theil den Rechten ungemäß" zu urtheilen, lautet der, offenbar auf die Joachimica hindeutende, Eingang dahin: „Alß denn hievor auch mit Willen gemeiner Landschafft Schöppenstuhl zur Rechte Spruch und Belehrungen in Erbfällen und Peinlichen Sachen gen Brandenburg geordnet, von ihnen in Bürgerlichen Sachen und Erbfällen nach beschriebenen Keyser Rechten und inmassen der Ordnung der Declaration des H. Reichs, in Erb=Fällen ausgangen, gesprochen wird" u. s. w.

Digitized by Google

mergericht verhandelt werden, zu behalten verordnet und befohlen haben", und so für alle Prozeßsachen auf Römisches Recht verwiesen scheint. Mehr jedoch als eine Wiederholung der in der K.G.O. erfolgten Festsetzung liegt hier nicht vor; mag man gleich daher Bedenken tragen, jene Worte auf das Prozeßverfahren zu beschränken, wofür gleichwohl der Ausdruck „kriegerische Sachen", und „behalten", d. h. beobachten oder befolgen, könnte geltend gemacht werden, so wird doch keinenfalls dieser erneuten Bestätigung ein anderer Sinn und weiterer Umfang vindicirt werden dürfen, als dem früheren Anerkenntnisse. Abgesehen von den Erbfällen ist mithin auch hier das Römische Recht nur als gemeines und subsidiäres Recht bestätigt.

Um so unzweifelhafter dürfte dieß sein, als alle gleichzeitigen Verordnungen, wo des Verzichts der Stände auf die „Gebräuch und Gewohnheiten vorigen Gericht und Rechtens" Erwähnung geschieht oder auf das Kaiserrecht hingewiesen wird, fast ausschließlich auf Erbfolge und erbrechtliche Gegenstände sich beziehen. Denn so verfügen die oben angeführten Landtags-Reverse als Folge der unbedingten Reception des Römischen Rechts für die Intestat-Succession nichts weiter, als den Wegfall des Heergewedde, der Gerade und des Mußtheils, deren Aussonderung aus der Erbmasse und specielle Vererbung auf bestimmte Familienglieder bisher auf Grund des Sachsenspiegels gemeines Recht der Mark gewesen war. Von den an einzelne Städte der Mark ertheilten Zusicherungen und Privilegien gestatten mehrere, wie die für Cottbus, Crossen, Zillichau und Sommerfeld, selbst für die Erbfolge die Beibehaltung des Sächsischen Rechtes, d. h. der alten Rechtsbücher [33]); andere bestätigen wenig-

33) Nach der von Markgraf Johann im J. 1539 für die (ihm gehörige) Neumark ausgestellten Ratification des Landtags-Reverses v. J. 1538 (Mylius a. a. O. S. 55) hatten die obigen Weichbilder „sich der Sechssischen Rechtenn, ann die beyden Artickell die Succession unnd Erbfelle belanngende, zu gebrauchen vorbehalten", und für die erstere Stadt ist, unter näherer Bestimmung, daß unter den beiden Artikeln die Reichsschlüsse über die Succession der Tochterkinder und Geschwisterkinder gemeint seien (in der Neum. verbess. Kammer-Ger.Ordn. vom 11. Dec. 1700, c. 33; bei Mylius a. a. O. Thl. II. Abth. 1. S. 249 wird auffallender Weise jene Ausnahme von der ganzen Joachimica gedeutet), die fernere Gül-



Digitized by Google

stens, abgesehen von den Erbfällen, das besondere Localrecht [34]. Nicht minder gehört hieher die in mehreren Landtags-Recessen wiederkehrende Bestimmung [35], daß, „dieweil in geschriebenen Rechten klärlig ausgedrückt, Daß ein jeglicher Shon oder Tochter seines Vaters oder Mutter Erbe sei, fortan nicht mehr den ehelichen Kindern um der unehelichen Geburt ihrer Eltern willen das Erbgut verweigert werden könne [36]. Nicht mit Unrecht legt endlich v. Raumer

---

tigkeit der Sächsischen Rechte noch besonders in dem Privil. v. J. 1551 (ebend. S. 91) bestätigt, welches zugleich die Berufung an den Leipziger Schöppenstuhl, statt nach Magdeburg, gestattete. Bis in die Zeit der neueren Legislation ist auch das Sachsenrecht in diesen Theilen der Mark in Gültigkeit geblieben, und sowohl im Allgemeinen (vgl. die angef. verb. K.G.O. c. 18), als für einzelne Gegenstände wiederholt anerkannt worden, und nicht etwa blos in Betreff der Erbfolge (vgl. die Neum. K.G.O. v. J. 1561 zu E. und v. J. 1646, c. 36, bei Mylius a. a. O. S. 44 u. 137, so wie die Lehens-Constit. für die Neumark vom 14. Aug. 1724, §. 45, ebend. Thl. II. Abth. 5. S. 138), sondern gleichergestalt für Gegenstände des öffentlichen Rechts und des Prozesses, wie z. B. in dem Special-Revers für die Crossener Landschaft vom J. 1611 (ebend. Thl. VI. Abth. 1. S. 215) rücksichtlich der Bestellung der Schulzengerichte, in der verb. Neum. K.G.O. v. J. 1700, c. 9 u. 18 für die Zulässigkeit der Reconvention und des Rechtsmittels der Läuterung. —

34) So erhielt nach v. Raumer a. a. O. S. 324 Salzwedel im Jahr 1527 ein Privilegium, welches „unangesehn jüngste und negste Aussetzung und Ordnung ... der Erbschichtung halber ..., doch derselben in andern Artikeln ganz unschädlich" einige Eigenthümlichkeiten des statutarischen Erbrechts bestätigte; eben so wurden im J. 1536 der Stadt Ruppin „Scheffenrecht und Rathesrecht, Privilegien u. s. w." bestätigt, „ausgenommen ... das sie ... hiefür nicht Sechsisches, sondern gemeines Kaiser Recht und Reformacion ... in Erbfellen haben und gepranchen sollen" (ebend. S. 323).

35) Landtags-Rezeß vom J. 1534, 1536, 1572, 1602, 1653 (ebend. Thl. VI. Abth. 1. S. 29, 36, 103, 151, 429). Vgl. auch Landes-Const. v. J. 1594. Thl. 3. Tit. 12 u. 13 (ebend. Abth. 3. S. 106).

36) Vgl. Sachs. Sp. B. I. Art. 38. §. 3 und Art. 51. §. 1.

Digitized by Google

für die von ihm vertretene Ansicht fortdauernder Geltung des einheimischen und hergebrachten Rechts darauf besonderes Gewicht, daß, wie oben bemerkt worden, der Brandenburger Schöppenstuhl, und zwar noch nach Publication der Constitutio Carolina, Herkommen und Gebrauch selbst in Criminalsachen als Norm behandelt hat, daß auch hier wieder nur Erbstreitigkeiten vorzugsweise als diejenigen bürgerlichen Rechtssachen hervorgehoben werden, in welchen nach Kaiserrecht zu erkennen sei.

## §. 3.

Darf nun hier für völlig ungenügend erachtet werden, was man zum directen Beweise jener Behauptung geltend gemacht hat, daß in der Mark das Römische Recht nicht etwa blos, wie in anderen Territorien, die Rechtsbücher des Mittelalters, d. h. die Quellen des bisherigen gemeinen Rechts, verdrängt habe, sondern mit allgemeiner Beseitigung der hergebrachten Rechtsgewohnheiten als ausschließliche Rechtsnorm recipirt worden sei, so steht dieser Ansicht in noch viel höherem Grade das Zeugniß der ganzen Folgezeit entgegen. Denn bis auf den heutigen Tag herab, wenn schon in nach und nach sich vermindernden Umfange und in allmählig geschwächter Bedeutung, hat sich auch hier ein eigenthümliches Provinzialrecht neben dem gemeinen Rechte, noch mehr eine Verschiedenheit des localen Statutarrechts erhalten; und wie letzteres wesentlich auf altem Herkommen und Gerichtsgebrauch beruhte, so ist, bei aller Thätigkeit der Landesgesetzgebung, auch das provinzielle Recht nur zu einem kleinen Theile auf legislative Quellen zurückzuführen.

Verkannt haben dieß die Vertheidiger unbedingter Rechtskraft des Römischen Rechts keineswegs; wohl aber sind sie gemeint, und von ihrem Standpunkt aus in der That auch genöthigt, in diesen provinziellen und localen Eigenthümlichkeiten des Rechts nicht sowohl eine natürliche Fortdauer früherer Zustände zu finden, vielmehr dieselben als neue Rechtsbildungen aufzufassen oder daraus zu erklären, daß einestheils die ursprüngliche Intention sich nicht vollständig habe durchführen lassen, andererseits der Ursprung vieler Rechtsverhältnisse noch in die Zeit vor jener Reception des Römischen Rechts fiele, und bei mangelnder rückwirkender Kraft der damit gewonnenen neuen Normen die Festhaltung der früheren Rechtsregeln unvermeidlich



Digitized by Google

gewesen wäre. Es habe nicht fehlen können, meint Scholtz, daß die Anwendbarkeit des gemeinen Rechts auf die von den Römischen zum Theil so verschiedenen Privatverhältnisse häufig Zweifel erregte, und neben dem Römischen Recht daher in vielen Beziehungen ein besonderes Herkommen sich ausbildete; für die dem römischen Rechte ganz unbekannten und reichsgesetzlich nicht festgestellten Verhältnisse habe es aber bei den früheren Normen bewenden müssen. Ausführlicher, aber in ähnlicher Weise, spricht sich Götze hierüber aus. Die Einführung des neuen gemeinen Rechts habe weder die bestehenden Rechtsverhältnisse ändern, noch gegenüber den etwanigen Stipulationen der Partheien einen andern als subsidiären Charakter gewinnen können; das bisherige, insbesondere das alte Sachsenrecht, sei zwar als solches abgeschafft worden, aber „als vertragsmäßiges Recht, als Willkür, als Specialrecht" in Gültigkeit geblieben. So habe denn, namentlich in Lehenssachen, ein dem Sächsischen sehr nahe stehendes Märkisches Provinzialrecht sich ausbilden können und müssen, welchem in Landtagsreversen und Verordnungen, in Präjudikaten und allgemein anerkannten Gewohnheiten nähere Feststellung zu Theil geworden sei; in allen Verhältnissen, welche tiefer mit der Verfassung der Provinz verwebt waren, und sich an etwas Dauerndes (gegenüber den vorübergehenden Rechtsgeschäften des Verkehrs) anschloßen, habe überhaupt das alte Recht, der formellen Einführung des gemeinen Rechts ungeachtet, mehr oder weniger sich erhalten müssen. Nur lasse sich der Gegensatz schon bestehender und neu entstehender, dauernder und vorübergehender, Rechtsverhältnisse nicht so vollständig im Leben durchführen, als die Theorie eine innere Verschiedenheit anzuerkennen, und die Nothwendigkeit abweichender Behandlung dem Prinzipe nach festzuhalten habe; viele Verhältnisse erzeugten sich zwar von neuem, allein je mehr der Rechtszustand mit allen Lebensverhältnissen und factischen Zuständen verwachsen sei, und je mehr ein Eingreifen in solche Ordnung nothwendig zu Rechtsverletzungen führen würde, müßten jene Verhältnisse immer wieder nach althergebrachten Regeln sich erzeugen. Gänzliche Derogation der letzteren sei unmöglich, durch die Gesetzgebung nicht zu erzielen, und so auch in der Mark erst durch die Praxis das Verhältniß der neuen, eigentlich allein gültigen Rechtsnormen zu den früheren, der legislativen Intention nach gänzlich abgeschafften, Rechtsnormen festgestellt worden. Die Praxis habe zunächst entschieden,

Digitized by Google

ob das formell abgeschaffte Recht nach innerer Nothwendigkeit beibehalten werden müsse, oder das neu eingeführte Recht angewandt werden könne, oder ob sich ein drittes ganz neues bilden oder als bereits gebildet anerkannt werden müsse; unter überwiegendem Einflusse der Observanz auf Rechtsbildung sei solchergestalt in der Mark eine sehr ausgedehnte und lebendige Entwickelung eines neuen Rechts der Provinz eingetreten.

Gegen diese Argumentation, welche wir mit möglichstem Anschlusse an die eigenen Worte jener Schriftsteller in der Kürze darzulegen für dienlich erachteten, dürfte sich von ihrem Standpunkte aus etwas Erhebliches kaum einwenden lassen. Geht man einmal von der Voraussetzung aus, daß in der Mark, und zwar durch ausdrückliche Gesetzgebung, nicht blos nach der herrschenden Ansicht der Theoretiker und gelehrten Praktiker, an die Stelle aller bisherigen Rechtsquellen, der gemeinen, wie particulären und localen, das Römische Recht getreten sei, so wird sich das unzweifelhafte Faktum, daß die Provinz gleichwohl ihr eigenthümliches Recht gehabt und behalten hat, schwerlich auf andere Weise erklären lassen, zumal in früherer Zeit die Landesgesetzgebung, wie thätig immer, nicht in gleichem Maße, als später von den historisch gegebenen Zuständen, von den herrschenden Ansichten des Volkes und von den im Leben sich kund gebenden Bedürfnissen abstrahiren zu können geglaubt hat. Aber immer doch nur als Nothbehelf zur Erklärung des anscheinend zwischen Gesetz und Recht obwaltenden Widerspruchs wird jene Argumentation dienen können, nicht zur Unterstützung, und noch weniger zum Beweise der Ansicht, daß das Römische Recht bei seiner Reception zu ausschließlicher Geltung bestimmt gewesen, und nun erst hinterher auf blos subsidiäre Anwendung beschränkt worden sei. Ein Rückschluß auf die Bedeutung, welche man anfangs dem Römischen Recht zugedacht habe, wäre höchstens gerechtfertigt, wenn für die Eigenthümlichkeiten des späteren Provinzialrechts wirklich überall ein solcher Zusammenhang mit Verfassung und Einrichtung des Landes, mit einmal bestehenden Lebenszuständen, und den in früherer Zeit begründeten Rechtsverhältnissen nachweislich wäre, so daß Hintansetzung der gesetzlichen Vorschrift und Zurückgehen auf die dadurch derogirten älteren Quellen sich als innere, unvermeidliche Nothwendigkeit darstellte. Und selbst dann läge, je weniger in den Gesetzen die Reception des Römischen Rechts als eine derogatorische sich dar-

Digitized by Google

stellt, immer noch die Annahme näher, es sei auch im Brandenburgischen das fremde Recht ursprünglich nur zu subsidiärer Gültigkeit bestimmt gewesen, hier aber, weil die falschen Ansichten der damaligen gelehrten Jurisprudenz über Werth und Anwendung des Römischen Rechts selbst bei den Ständen Anklang und Vertretung fanden, in größerem Umfange zu prinzipaler Geltung gelangt, als in andern Territorien geschehen, und an sich auch in der Mark nothwendig und räthlich war. Gerade nun eben an der Voraussetzung, welche hiernach allein entscheiden könnte, fehlt es in den meisten Fällen. Wie sich bis zur Emanation des allgemeinen Landrechts das Märkische Provincialrecht entwickelt hat und in Gültigkeit geblieben ist, steht es keineswegs überall in innerem Zusammenhange mit der besonderen Verfassung und Beschaffenheit der Provinz oder mit in früherer Zeit erworbenen, wohlbegründeten Rechten; vielfach liegt nur eine äußere historische Verknüpfung mit dem früheren Rechtszustande vor. Das dürfte eine unbefangene Prüfung, auf deren Hauptresultat wir uns hier billig beschränken, kaum zweifelhaft erscheinen lassen.

## §. 4.

Entscheidendes Gewicht kann freilich darauf nicht gelegt werden, daß die Prozeß-Ordnungen aus dem Anfange des vorigen Jahrhunderts, die Neumärkische verbesserte Kammergerichts-Ordnung vom 11. Dec. 1700 [37]) und die neuverfaßte Kammergerichts-Ordnung

37) „Wir befehlen unserm Neumärk. Cantzler und Regierungsrähten", heißt es im Cap. 37, „daß sie alle ihre Decreta etc. dergestalt einrichten, damit sie unsern Landesordnungen, Constitutionibus und Edictis, insonderheit denen Neumärk. und incorporirten Lande Special-Landtags-Recessen, Verfassungen und wohlhergebrachten Gewohnheiten, und dann denen allgemeinen beschriebenen geist- und weltlichen Rechten gemäß seyn"; und wie im cap. 13 „in Sachen, die offenbahres unzweiffelhaftigen Rechtens, oder aber die auff dem Landes Gebrauche gegründet, oder da klare untadelhafftige Brieffe und Siegel oder Fürstl. Verträge oder Judicata vorhanden seyn" sofortige Rejection der Klaganträge anbefohlen wird, so nicht minder im cap. 21. die Nichtbeachtung jeder Supplication an den Landesherrn für alle Fälle, „da auff klare Brieffe und Siegel, wichtige Verträge und beständige Judicata, auff

Digitized by Google

vom 1. März 1709 [38]) auf's Bestimmteste neben dem gemeinen Rechte und den Landesgesetzen auf die hergebrachten Observanzen und sonstigen Quellen des Particularrechts verweisen; denn auch wenn nur hinterher wieder sich allmählig ein besonderes Provinzialrecht gebildet hätte, wäre dieß erklärlich. Allein durch alle theils wirklich publicirte, theils Concept verbliebene Prozeß-Ordnungen und sonstige Constitutionen der früheren Zeit läßt sich eine solche Verweisung der Richter auf die Landesobservanzen bis in das sechszehnte Jahrhundert zurück verfolgen [39]), und nirgends findet sich auch nur eine

---

die Landes Constitutiones, Recessus und Gebräuche, auff den Stylum Curiae et consuetam praxin Dicasterii Neomarchici, auf unsere Declarationes und Decisiones casuum dubiorum, auff die confessiones partium und andere dergleichen offenbahre und außer allen Zweiffel gesetzte Fundamenta gesprochen u. s. w." (Mylius a. a. O. Thl. II. Abth. 1. S. 229. 239 u. 252).

38) Tit. 48. §. 1. „Bey Verfassung der Urthel und Abschiede soll ... insonderheit auff die producirte klare Brieffe und Siegel, Pacta und Vergleiche, Landtages-Abscheide und übrige Constitutiones und Ordnungen, hergebrachte Landes-Observantz, Privilegia, wie auch diese Unsere K.G.O. genau gesehen, im übrigen aber nach denen gemeinen beschriebenen Kayser Rechten gesprochen werden. §. 2. Solte wieder Vermuthen ein Extraneus wieder die Statuta und Gebräuche hiesiger Chur-Lande erkennen, soll Unserm K.G. freystehen, auf eines Theils Vorstellung solches Urthel ab Actis zu removiren, und die Acten zum anderweitigen Spruch zu verschicken (ebend. S. 452).

39) Rescr. an das K.G. vom 30. Januar 1688, alle etwanigen Rescripte unbeachtet zu lassen und lediglich „nach Anweisung der Rechte und der in diesem Lande üblichen Gewohnheiten" zu verfahren (ebend. Thl. II. Abth. 1. S. 190). Project der K.G.O. v. J. 1643. Tit. XII. §. 1. „Wann eine Sache nottürfftig gehöret worden, und Unsere Räthe befinden, daß Sie auff Brieff und Siegel, Verträgen, Landtgebräuchen, hergebrachten Observantz gegründet; ... sollen Sie dem üblichen kundbahren Herkommen zufolge ... einen recht mäßigen Abscheidt ertheilen" u. s. w. (ebend. Th. VI. Abth. 3. S. 182). Landtags-Absch. v. J. 1611. Art. 7. „Undt sollen (Canzler und Regierungsräthe) bevoraus daßjenige, was auf Landeßgebreuchen, reversen und constitutionen beruhet bey verfassung der Urthell Vleißig in acht nehmen

Digitized by Google

Andeutung, daß man in dieser fortdauernden Gültigkeit des Herkommens und ungeschriebenen Rechts etwas Anomales, und einen Widerspruch mit der gesetzlich anerkannten Derogation des Römischen Rechts gefunden hätte, oder daß dieses nur bei gewissen Verhältnissen und unter bestimmten Voraussetzungen dem hergebrachten Landesrechte weichen solle. Ja sogar, daß man unmittelbar nach der Zeit, wo jene ausschließliche Reception des Römischen Rechts eingetreten sein soll, an eine solche totale Umgestaltung des gesammten bisherigen Rechtszustandes nicht entfernt gedacht hat, erhellt aus dem Landtagsrecesse vom J. 1138, in welchem Kurfürst Joachim II. den Ständen auf deren Ansuchen die Zusicherung ertheilte, „alle undt einen jeden bey seinen undt Ihren Freyheiten, Privilegien, Zinsen, Renten, Zehenden, Pächten, Zöllen, Gerechtigkeiten, Gebräuchen und wohlhergebrachten Gewohnheit, Besitz, Gewehre und Possession, unverhindert undt unbetrübt bleiben zu lassen, sie auch dabey gnediglich zu schützen undt zu handhaben vor allen menniglich[40]); eine Zusicherung, zu welcher die Besorgniß Anlaß gege-

---

undt daruber halten (ebend. Abth. 1. S. 214). — Project der Landes-Constitution v. J. 1594. Thl. 5. Tit. 21. „Auch sollen unsere Räthe in sachen, die offenbahres und unzweiffelhaftigen rechtens, oder auf den Landesgebrauch gegründet, .... kein Theill zum rechtlichen Process verstatten" u. s. w., vgl. mit deren Vorrede, daß „schrifftliche Ordnung und Satzung" dienlich erschienen sei „in etlichen Sachen und Fällen, ... die zum Theil auf den alten Landesgebräuchen, welche nicht jedermann bekannt seyn, zum Theil aber sonsten offt vorfallen, und ihre Decision sonsten in den gemeinen Kayserl. Rechten nicht so klar oder auch anders, dann es bißhero in unserm Lande gehalten worden, haben mochten (ebend. Abth. 3. S. 55 und 144). — Concept der K.G.O. v. J. 1573. Tit. 4. (ebend. S. 11) und Neumärk. Kammer- und Hofger.Ordn. vom J. 1561 (ebend. Thl. II. Abth. 1. S. 37), beide wörtlich übereinstimmend mit der obigen Stelle der Landes-Constitution v. J. 1594.

40) Landtags-Rezeß wegen unterschiedener Puncten d. d. Michael. 1538 im C. (ebend. Thl. VI. Abth. 1. S. 45) und dessen Ratification durch Markgr. Johann vom J. 1539 (ebend. S. 54). Auch der Landtags-Rezeß v. J. 1534 (ebend. S. 25) enthält eine, in den Rezeß vom J. 1538 neben der obigen wörtlich aufgenommene Zu-

Digitized by Google

den haben mag, daß eine verkehrte Anwendung des nur subsidiär recipirten Römischen Rechts dem hergebrachten Rechtszustand gefährden könnte, welche vielleicht auch durch bereits gemachte Erfahrungen der Art als unerläßlich geboten erschien, welche aber, allgemein wie sie gefaßt ist, kaum erklärlich wäre, wenn wirklich die Stände selbst so einmüthig und in so umfassender Weise, als später behauptet worden ist, auf alle bisherigen Gebräuche, Gewohnheiten u. s. w. verzichtet hätten.

Noch mehr aber spricht wider solche totale Abrogation der bisherigen Rechte der Inhalt aller jener Prozeß-Ordnungen und die Geschichte des Märkischen Prozeß-Verfahrens. Von wohlerworbenen Rechten, deren Erhaltung auf die älteren Rechtsquellen zurückzugehen genöthigt hätte, kann hierbei der Natur der Sache nach nicht die Rede sein; wie es unbestritten ist, daß auf diesem Gebiete das Römische Recht, freilich in der eigenthümlichen Umgestaltung, welche es zuerst durch das canonische Recht und die Doctrin der Glossatoren, später durch die Reichsgesetze und durch die einheimische Praxis und Theorie erfuhr, in einem größeren Umfange Geltung gewonnen hat, als für irgend eine andere Rechtsdisciplin, so ist andererseits der Prozeß-Gesetzgebung, wenigstens was die formelle Seite des rechtlichen Verfahrens betrifft, der freieste Spielraum gegeben, und kaum eine andere Schranke dem Ermessen des Gesetzgebers gezogen, als aus dem Wesen und Zweck aller gerichtlichen Processe sich mit innerer Nothwendigkeit ergibt. Um so größeres Gewicht wird darauf gelegt werden dürfen, wenn gerade in der Prozeßgesetzgebung unzweifelhafte Ueberreste des älteren Rechtszustandes hervortreten, wenn neben der entschiedensten Hinweisung auf das gemeine beschriebene Recht sowohl in der Grundlage des ganzen Rechtsverfahrens, als in einzelnen Vorschriften, Formalitäten u. s. w. ein Zusammen-

---

sicherung in Betreff der Klage „über mannichfaltige Beschwerung gegen ihre Privilegien und Freiheiten und lang hero gebrachten lobligen Gewohnheiten." Vgl. noch den Landtags-Revers v. J. 1540 (ebend. S. 60), den Neumärk. Landtags-Abschied v. J. 1572 (ebend. S. 98) und den Landtags-Rezeß dess. J. (ebend. S. 104) und den den Prälaten, Grafen und der Ritterschaft ausgestellten absonderlichen Revers d. J. (S. 715), und den Landes-Revers Kurf. Joachim Friedrich v. 11. März 1602 (ebend. S. 153).

Digitized by Google

hang mit der früheren Zeit, und eine Uebereinstimmung mit den Prozeßformen derjenigen Länder sich kund gibt, in welchen das Sachsenrecht gleich wie in der Mark, nicht blos vor Reception des Römischen Rechts gegolten, sondern auch später neben diesem sich im Gebrauch erhalten hat. Nicht blos aber ist eine allgemeine Prozeß- und Gerichts-Ordnung, welche auch für das Verfahren in den städtischen und gutsherrlichen Gerichten zur Norm gedient hätte, vor der Zeit Friedrichs des Gr. überall nicht ergangen, so daß für die unteren Instanzen das bisherige Verfahren, wenn schon im Einzelnen vielleicht modificirt, fortbestehen mußte [41]); auch in den für das Kammergericht und die übrigen landesherrlichen Obergerichte erlassenen Prozeßgesetzen fehlt es nicht an Abweichungen von dem gemeinrechtlichen Verfahren.

Mündliche Verhandlung des Rechtsstreits vor versammeltem Gericht blieb, um Einzelnes hervorzuheben, auch in den Obergerichten die Regel, und nur wichtigeren und verwickelteren Sachen wurden die Partheien theils zum s. g. Verfahren vom Mund in die Feder, theils zum förmlichen Schriftenwechsel verwiesen [42]). In Uebereinstimmung mit dem sächsischen Prozesse war, noch ehe die Reichsgesetze die Eventual-Maxime zur gemeinrechtlichen Regel er-

41) Das Proj. der Landes-Ordn. vom J. 1594 erwähnt und bestätigt im Thl. 5. Tit. 5 die „sonderlich Ordnungen und Gebreuche", welche in dem Altmärk. Hof- und Landgerichte, „auch an etlichen andern orten" in den Untergerichten beständen (Mylius a. a. O. Thl. VI. Abth. 3. S. 139).

42) Vgl. Sethe's hofm. Skizze der brand. und preuß. Gesetzgebung in Betr. des mündl. Prozeßverfahrens vor versammeltem Gerichte, in Simon und Strampff's Zeitschr. für wissensch. Bearbeitung des preuß. Rechts. Thl. 1. S. 27 f. — Das Proj. der K.G.O. v. J. 1643. Tit. IX. §. 1. „Demnach von Alters her biß auff gegenwärtige Zeit in Unserm C.G. die mündlichen Verhören üblichen und brauch gewesen, ... So lassen Wir auch solches nochmahlen in Vigore bleiben", verdient um so mehr Beachtung, als die, übrigens gleichfalls nicht zur Ausführung gekommene Prozeß-Gesetzgebung des Kurf. Johann Georg sogar auf ein förmliches articulirtes Verfahren berechnet war. Vgl. dessen Proj. der K.G.O. Tit. 5 u. 6 (Mylius a. a. O. Thl. VI. Abth. 3. S. 11) und Landesordn. vom J. 1594. Thl. 5. Tit. 24 (ebend. S. 146).

Digitized by Google

hoben, in den Märkischen Gerichten die Nothwendigkeit gleichzeitiger Einwendungen aller Einreden in Verbindung mit der Litis-Contestation anerkannt [43]), und gleich wie in den Ländern Sächs. Rechts ist man in der Mark bei dem, bekanntlich auch in die allg. Gerichts-Ordnung übergegangenen Prinzipe des älteren deutschen Prozesses geblieben, daß der Ungehorsam des Beklagten als Zugeständniß der klägerischen Ansprüche zu betrachten sei und ohne weitere Beweisführung des Klägers die Verurtheilung des Beklagten nach sich ziehe [44]). Die, dem neueren Römischen Recht ganz unbekannten Succumbenzgelder, welche der Appellant für den Fall des Unter-

---

43) Vgl. die K.G.O. v. J. 1516: „Würde sich auch der Beklagte" (Mylius a. a. O. Thl. II. Abth. 1 S. 11) und deren Reformation v. J. 1540: „Daß der Kläger" (ebend. S. 30) mit dem Proj. der C.G. Kurf. Johann Georg's c. 5 und 6 (ebend. Thl. VI. Abthl. 3. S. 11.) — Nur anscheinend weicht die neuere K.G.O. v. J. 1646 c. 3 (ebend. Thl. II. Abth. 1. S. 125) davon ab; denn die Vorschrift, daß der Beklagte, „beneben Vorwendung aller dilatorischen exceptionen" gleich bei der Litis-Contestation „seine Sache beschließlicher vorbringen solle, damit ... zugleich die Hauptsache gegen einander gehandelt" werden möge, ist um so zuverlässiger auf die peremtorischen Einreden zu beziehen, als in der neuen K.G.O. v. J. 1561 (ebend. S. 37) die betreffende Stelle dahin lautet, daß Beklagter im ersten Satze „beneben vorwendung seiner Dilatorien, Exceptionen, so er derhalben haben köndte, beschließlich vorbringen solle"; wenn es aber unmittelbar nachher heißt: „jedoch ausgenommen die exceptionen, so die Krafft der peremptorien zu rechte haben, dieselben auch ohne litis contestation mit bestande vorgewandt werden mögen", so muß dies unzweifelhaft, wie unpassend auch der Ausdruck dann erscheint, auf die s. g. prozeßhindernden exceptiones litis finitae beschränkt werden. Vgl. auch Pruckmann responsa juris T. I. Cons. 43. §. 14 u. 15. Scheplitz Consuet. Lib. I. P. 2. tit. 7. §. 5, welcher letztere übrigens, dem canonischen Rechte gemäß, die Stelle der K.G.-Reformation auf die exc. dilatoriae zu beschränken geneigt ist.

44) Vgl. Altmärk. Hof- und Land-Ger.-Ordn. v. J. 1602 c. 4. Altmärk. Quartals Ger.-Ordn. v. J. 1602 §. 5 u. 10. und v. J. 1621 §. 5, mit dem Project der K.G.O. Kurf. Johann Georg's c. 7. der Landesordn. v. J. 1594 Thl. 5. Tit. 30, und der K.G.O. v. J. 1643 Thl. 1. Tit. 7. §. 2. Thl. 2. Tit. 2. §. 7.

Digitized by Google

stens, abgesehen von den Erbfällen, das besondere Localrecht [34]). Nicht minder gehört hieher die in mehreren Landtags-Recessen wiederkehrende Bestimmung [35]), daß, „dieweil in geschriebenen Rechten klärlig ausgedrückt, Daß ein jeglicher Shon oder Tochter seines Vaters oder Mutter Erbe sei, fortan nicht mehr den ehelichen Kindern um der unehelichen Geburt ihrer Eltern willen das Erbgut verweigert werden könne [36]). Nicht mit Unrecht legt endlich v. Raumer

---

tigkeit der Sächsischen Rechte noch besonders in dem Privil. v. J. 1551 (ebend. S. 91) bestätigt, welches zugleich die Berufung an den Leipziger Schöppenstuhl, statt nach Magdeburg, gestattete. Bis in die Zeit der neueren Legislation ist auch das Sachsenrecht in diesen Theilen der Mark in Gültigkeit geblieben, und sowohl im Allgemeinen (vgl. die angef. verb. K.G.O. c. 18), als für einzelne Gegenstände wiederholt anerkannt worden, und nicht etwa blos in Betreff der Erbfolge (vgl. die Neum. K.G.O. v. J. 1561 zu E. und v. J. 1646, c. 36, bei Mylius a. a. O. S. 44 u. 137, so wie die Lehens-Constit. für die Neumark vom 14. Aug. 1724, §. 45, ebend. Thl. II. Abth. 5. S. 138), sondern gleichergestalt für Gegenstände des öffentlichen Rechts und des Prozesses, wie z. B. in dem Special-Revers für die Crossener Landschaft vom J. 1611 (ebend. Thl. VI. Abth. 1. S. 215) rücksichtlich der Bestellung der Schulzengerichte, in der verb. Neum. K.G.O. v. J. 1700, c. 9 u. 18 für die Zulässigkeit der Reconvention und des Rechtsmittels der Läuterung. —

34) So erhielt nach v. Raumer a. a. O. S. 324 Salzwedel im Jahr 1527 ein Privilegium, welches „unangesehn jüngste und negste Aussetzung und Ordnung ... der Erbschichtung halber ..., doch derselben in andern Artikeln ganz unschädlich" einige Eigenthümlichkeiten des statutarischen Erbrechts bestätigte; eben so wurden im J. 1536 der Stadt Ruppin „Scheffenrecht und Rathesrecht, Privilegien u. s. w." bestätigt, „ausgenommen ... das sie ... hiefür nicht Sechsisches, sondern gemeines Kaiser Recht und Reformacion ..., in Erbfellen haben und gepranchen sollen" (ebend. S. 323).

35) Landtags-Rezeß vom J. 1534, 1536, 1572, 1602, 1653 (ebend. Thl. VI. Abth. 1. S. 29, 36, 103, 151, 429). Vgl. auch Landes-Const. v. J. 1594. Thl. 3. Tit. 12 u. 13 (ebend. Abth. 3. S. 106).

36) Vgl. Sachs.Sp. B. I. Art. 38. §. 3 und Art. 51. §. 1.

Digitized by Google

für die von ihm vertretene Ansicht fortdauernder Geltung des einheimischen und hergebrachten Rechts darauf besonderes Gewicht, daß, wie oben bemerkt worden, der Brandenburger Schöppenstuhl, und zwar noch nach Publication der Constitutio Carolina, Herkommen und Gebrauch selbst in Criminalsachen als Norm behandelt hat, daß auch hier wieder nur Erbstreitigkeiten vorzugsweise als diejenigen bürgerlichen Rechtssachen hervorgehoben werden, in welchen nach Kaiserrecht zu erkennen sei.

## §. 3.

Darf nun hier für völlig ungenügend erachtet werden, was man zum directen Beweise jener Behauptung geltend gemacht hat, daß in der Mark das Römische Recht nicht etwa blos, wie in anderen Territorien, die Rechtsbücher des Mittelalters, d. h. die Quellen des bisherigen gemeinen Rechts, verdrängt habe, sondern mit allgemeiner Beseitigung der hergebrachten Rechtsgewohnheiten als ausschließliche Rechtsnorm recipirt worden sei, so steht dieser Ansicht in noch viel höherem Grade das Zeugniß der ganzen Folgezeit entgegen. Denn bis auf den heutigen Tag herab, wenn schon in nach und nach sich verminderndem Umfange und in allmählig geschwächter Bedeutung, hat sich auch hier ein eigenthümliches Provinzialrecht neben dem gemeinen Rechte, noch mehr eine Verschiedenheit des localen Statutarrechts erhalten; und wie letzteres wesentlich auf altem Herkommen und Gerichtsgebrauch beruhte, so ist, bei aller Thätigkeit der Landesgesetzgebung, auch das provinzielle Recht nur zu einem kleinen Theile auf legislative Quellen zurückzuführen.

Verkannt haben dieß die Vertheidiger unbedingter Rechtskraft des Römischen Rechts keineswegs; wohl aber sind sie gemeint, und von ihrem Standpunkt aus in der That auch genöthigt, in diesen provinziellen und localen Eigenthümlichkeiten des Rechts nicht sowohl eine natürliche Fortdauer früherer Zustände zu finden, vielmehr dieselben als neue Rechtsbildungen aufzufassen oder daraus zu erklären, daß einestheils die ursprüngliche Intention sich nicht vollständig habe durchführen lassen, andererseits der Ursprung vieler Rechtsverhältnisse noch in die Zeit vor jener Reception des Römischen Rechts fiele, und bei mangelnder rückwirkender Kraft der damit gewonnenen neuen Normen die Festhaltung der früheren Rechtsregeln unvermeidlich



Digitized by Google

gewesen wäre. Es habe nicht fehlen können, meint Scholtz, daß die Anwendbarkeit des gemeinen Rechts auf die von den Römischen zum Theil so verschiedenen Privatverhältnisse häufig Zweifel erregte, und neben dem Römischen Recht daher in vielen Beziehungen ein besonderes Herkommen sich ausbildete; für die dem römischen Rechte ganz unbekannten und reichsgesetzlich nicht festgestellten Verhältnisse habe es aber bei den früheren Normen bewenden müssen. Ausführlicher, aber in ähnlicher Weise, spricht sich Götze hierüber aus. Die Einführung des neuen gemeinen Rechts habe weder die bestehenden Rechtsverhältnisse ändern, noch gegenüber den etwanigen Stipulationen der Partheien einen andern als subsidiären Charakter gewinnen können; das bisherige, insbesondere das alte Sachsenrecht, sei zwar als solches abgeschafft worden, aber „als vertragsmäßiges Recht, als Willkür, als Specialrecht" in Gültigkeit geblieben. So habe denn, namentlich in Lehenssachen, ein dem Sächsischen sehr nahe stehendes Märkisches Provinzialrecht sich ausbilden können und müssen, welchem in Landtagsreversen und Verordnungen, in Präjudikaten und allgemein anerkannten Gewohnheiten nähere Feststellung zu Theil geworden sei; in allen Verhältnissen, welche tiefer mit der Verfassung der Provinz verwebt waren, und sich an etwas Dauerndes (gegenüber den vorübergehenden Rechtsgeschäften des Verkehrs) anschloßen, habe überhaupt das alte Recht, der formellen Einführung des gemeinen Rechts ungeachtet, mehr oder weniger sich erhalten müssen. Nur lasse sich der Gegensatz schon bestehender und neu entstehender, dauernder und vorübergehender, Rechtsverhältnisse nicht so vollständig im Leben durchführen, als die Theorie eine innere Verschiedenheit anzuerkennen, und die Nothwendigkeit abweichender Behandlung dem Prinzipe nach festzuhalten habe; viele Verhältnisse erzeugten sich zwar von neuem, allein je mehr der Rechtszustand mit allen Lebensverhältnissen und factischen Zuständen verwachsen sei, und je mehr ein Eingreifen in solche Ordnung nothwendig zu Rechtsverletzungen führen würde, müßten jene Verhältnisse immer wieder nach althergebrachten Regeln sich erzeugen. Gänzliche Derogation der letzteren sei unmöglich, durch die Gesetzgebung nicht zu erzielen, und so auch in der Mark erst durch die Praxis das Verhältniß der neuen, eigentlich allein gültigen Rechtsnormen zu den früheren, der legislativen Intention nach gänzlich abgeschafften, Rechtsnormen festgestellt worden. Die Praxis habe zunächst entschieden,

Digitized by Google

ob das formell abgeschaffte Recht nach innerer Nothwendigkeit beibehalten werden müsse, oder das neu eingeführte Recht angewandt werden könne, oder ob sich ein drittes ganz neues bilden oder als bereits gebildet anerkannt werden müsse; unter überwiegendem Einflusse der Observanz auf Rechtsbildung sei solchergestalt in der Mark eine sehr ausgedehnte und lebendige Entwickelung eines neuen Rechts der Provinz eingetreten.

Gegen diese Argumentation, welche wir mit möglichstem Anschlusse an die eigenen Worte jener Schriftsteller in der Kürze darzulegen für dienlich erachteten, dürfte sich von ihrem Standpunkte aus etwas Erhebliches kaum einwenden lassen. Geht man einmal von der Voraussetzung aus, daß in der Mark, und zwar durch ausdrückliche Gesetzgebung, nicht blos nach der herrschenden Ansicht der Theoretiker und gelehrten Praktiker, an die Stelle aller bisherigen Rechtsquellen, der gemeinen, wie particulären und localen, das Römische Recht getreten sei, so wird sich das unzweifelhafte Faktum, daß die Provinz gleichwohl ihr eigenthümliches Recht gehabt und behalten hat, schwerlich auf andere Weise erklären lassen, zumal in früherer Zeit die Landesgesetzgebung, wie thätig immer, nicht in gleichem Maße, als später von den historisch gegebenen Zuständen, von den herrschenden Ansichten des Volkes und von den im Leben sich kund gebenden Bedürfnissen abstrahiren zu können geglaubt hat. Aber immer doch nur als Nothbehelf zur Erklärung des anscheinend zwischen Gesetz und Recht obwaltenden Widerspruchs wird jene Argumentation dienen können, nicht zur Unterstützung, und noch weniger zum Beweise der Ansicht, daß das Römische Recht bei seiner Reception zu ausschließlicher Geltung bestimmt gewesen, und nun erst hinterher auf blos subsidiäre Anwendung beschränkt worden sei. Ein Rückschluß auf die Bedeutung, welche man anfangs dem Römischen Recht zugedacht habe, wäre höchstens gerechtfertigt, wenn für die Eigenthümlichkeiten des späteren Provinzialrechts wirklich überall ein solcher Zusammenhang mit Verfassung und Einrichtung des Landes, mit einmal bestehenden Lebenszuständen, und den in früherer Zeit begründeten Rechtsverhältnissen nachweislich wäre, so daß Hintansetzung der gesetzlichen Vorschrift und Zurückgehen auf die dadurch derogirten älteren Quellen sich als innere, unvermeidliche Nothwendigkeit darstellte. Und selbst dann läge, je weniger in den Gesetzen die Reception des Römischen Rechts als eine derogatorische sich dar-

Digitized by Google

stellt, immer noch die Annahme näher, es sei auch im Brandenburgischen das fremde Recht ursprünglich nur zu subsidiärer Gültigkeit bestimmt gewesen, hier aber, weil die falschen Ansichten der damaligen gelehrten Jurisprudenz über Werth und Anwendung des Römischen Rechts selbst bei den Ständen Anklang und Vertretung fanden, in größerem Umfange zu prinzipaler Geltung gelangt, als in andern Territorien geschehen, und an sich auch in der Mark nothwendig und räthlich war. Gerade nun eben an der Voraussetzung, welche hiernach allein entscheiden könnte, fehlt es in den meisten Fällen. Wie sich bis zur Emanation des allgemeinen Landrechts das Märkische Provincialrecht entwickelt hat und in Gültigkeit geblieben ist, steht es keineswegs überall in innerem Zusammenhange mit der besonderen Verfassung und Beschaffenheit der Provinz oder mit in früherer Zeit erworbenen, wohlbegründeten Rechten; vielfach liegt nur eine äußere historische Verknüpfung mit dem früheren Rechtszustande vor. Das dürfte eine unbefangene Prüfung, auf deren Hauptresultat wir uns hier billig beschränken, kaum zweifelhaft erscheinen lassen.

## §. 4.

Entscheidendes Gewicht kann freilich darauf nicht gelegt werden, daß die Prozeß-Ordnungen aus dem Anfange des vorigen Jahrhunderts, die Neumärkische verbesserte Kammergerichts-Ordnung vom 11. Dec. 1700 [37]) und die neuverfaßte Kammergerichts-Ordnung

---

37) „Wir befehlen unserm Neumärk. Cantzler und Regierungsrähten", heißt es im Cap. 37, „daß sie alle ihre Decreta etc. dergestalt einrichten, damit sie unsern Landesordnungen, Constitutionibus und Edictis, insonderheit denen Neumärk. und incorporirten Lande Special-Landtags-Recessen, Verfassungen und wohlhergebrachten Gewohnheiten, und dann denen allgemeinen beschriebenen geist- und weltlichen Rechten gemäß seyn"; und wie im cap. 13 „in Sachen, die offenbahres unzweiffelhaftigen Rechtens, oder aber die auff dem Landes Gebrauche gegründet, oder da klare untadelhafftige Brieffe und Siegel oder Fürstl. Verträge oder Judicata vorhanden seyn" sofortige Rejection der Klaganträge anbefohlen wird, so nicht minder im cap. 21. die Nichtbeachtung jeder Supplication an den Landesherrn für alle Fälle, „da auff klare Brieffe und Siegel, wichtige Verträge und beständige Judicata, auff

vom 1. März 1709 [38]) auf's Bestimmteste neben dem gemeinen Rechte und den Landesgesetzen auf die hergebrachten Observanzen und sonstigen Quellen des Particularrechts verweisen; denn auch wenn nur hinterher wieder sich allmählig ein besonderes Provinzialrecht gebildet hätte, wäre dieß erklärlich. Allein durch alle theils wirklich publicirte, theils Concept verbliebene Prozeß-Ordnungen und sonstige Constitutionen der früheren Zeit läßt sich eine solche Verweisung der Richter auf die Landesobservanzen bis in das sechszehnte Jahrhundert zurück verfolgen [39]), und nirgends findet sich auch nur eine

---

die Landes Constitutiones, Recessus und Gebräuche, auff den Stylum Curiae et consuetam praxin Dicasterii Neomarchici, auf unsere Declarationes und Decisiones casuum dubiorum, auff die confessiones partium und andere dergleichen offenbahre und außer allen Zweiffel gesetzte Fundamenta gesprochen u. s. w." (Mylius a. a. O. Thl. II. Abth. 1. S. 229. 239 u. 252).

38) Tit. 48. §. 1. „Bey Verfassung der Urthel und Abschiede soll ... insonderheit auff die producirte klare Brieffe und Siegel, Pacta und Vergleiche, Landtages-Abscheide und übrige Constitutiones und Ordnungen, hergebrachte Landes-Observantz, Privilegia, wie auch diese Unsere K.G.O. genau gesehen, im übrigen aber nach denen gemeinen beschriebenen Kayser Rechten gesprochen werden. §. 2. Solte wieder Vermuthen ein Extraneus wieder die Statuta und Gebräuche hiesiger ChurLande erkennen, soll Unserm K.G. freystehen, auf eines Theils Vorstellung solches Urthel ab Actis zu removiren, und die Acten zum anderweitigen Spruch zu verschicken (ebend. S. 452).

39) Rescr. an das K.G. vom 30. Januar 1688, alle etwanigen Rescripte unbeachtet zu lassen und lediglich „nach Anweisung der Rechte und der in diesem Lande üblichen Gewohnheiten" zu verfahren (ebend. Thl. II. Abth. 1. S. 190). Project der K.G.O. v. J. 1643. Tit. XII. §. 1. „Wann eine Sache nottürfftig gehöret worden, und Unsere Räthe befinden, daß Sie auff Brieff und Siegel, Verträgen, Landtgebräuchen, hergebrachten Observantz gegründet; ... sollen Sie dem üblichen kundbahren Herkommen zufolge ... einen recht mäßigen Abscheidt ertheilen" u. s. w. (ebend. Th. VI. Abth. 3. S. 182). Landtags-Absch. v. J. 1611. Art. 7. „Undt sollen (Canzler und Regierungsräthe) bevoraus daßjenige, was auf Landeßgebreuchen, reversen und constitutionen beruhet bey verfassung der Urthell Vleißig in acht nehmen

Digitized by Google

Andeutung, daß man in dieser fortdauernden Gültigkeit des Herkommens und ungeschriebenen Rechts etwas Anomales, und einen Widerspruch mit der gesetzlich anerkannten Derogation des Römischen Rechts gefunden hätte, oder daß dieses nur bei gewissen Verhältnissen und unter bestimmten Voraussetzungen dem hergebrachten Landesrechte weichen solle. Ja sogar, daß man unmittelbar nach der Zeit, wo jene ausschließliche Reception des Römischen Rechts eingetreten sein soll, an eine solche totale Umgestaltung des gesammten bisherigen Rechtszustandes nicht entfernt gedacht hat, erhellt aus dem Landtagsrecesse vom J. 1138, in welchem Kurfürst Joachim II. den Ständen auf deren Ansuchen die Zusicherung ertheilte, „alle undt einen jeden bey seinen undt Ihren Freyheiten, Privilegien, Zinsen, Renten, Zehenden, Pächten, Zöllen, Gerechtigkeiten, Gebräuchen und wohlhergebrachten Gewohnheit, Besitz, Gewehre und Possession, unverhindert undt unbetrübt bleiben zu lassen, sie auch dabey gnediglich zu schützen undt zu handhaben vor allen menniglich[40]); eine Zusicherung, zu welcher die Besorgniß Anlaß gege-

---

undt daruber halten (ebend. Abth. 1. S. 214). — Project der Landes-Constitution v. J. 1594. Thl. 5. Tit. 21. „Auch sollen unsere Räthe in sachen, die offenbahres und unzweiffelhaftigen rechtens, oder auf den Landesgebrauch gegründet, .... kein Theill zum rechtlichen Process verstatten" u. s. w., vgl. mit deren Vorrede, daß „schrifftliche Ordnung und Satzung" dienlich erschienen sei „in etlichen Sachen und Fällen, ... die zum Theil auf den alten Landesgebräuchen, welche nicht jedermann bekannt seyn, zum Theil aber sonsten offt vorfallen, und ihre Decision sonsten in den gemeinen Kayserl. Rechten nicht so klar oder auch anders, dann es bißhero in unserm Lande gehalten worden, haben mochten (ebend. Abth. 3. S. 55 und 144). — Concept der K.G.O. v. J. 1573. Tit. 4. (ebend. S. 11) und Neumärk. Kammer- und Hofger.Ordn. vom J. 1561 (ebend. Thl. II. Abth. 1. S. 37), beide wörtlich übereinstimmend mit der obigen Stelle der Landes-Constitution v. J. 1594.

40) Landtags-Rezeß wegen unterschiedener Puncten d. d. Michael. 1538 im C. (ebend. Thl. VI. Abth. 1. S. 45) und dessen Ratification durch Markgr. Johann vom J. 1539 (ebend. S. 54). Auch der Landtags-Rezeß v. J. 1534 (ebend. S. 25) enthält eine, in den Rezeß vom J. 1538 neben der obigen wörtlich aufgenommene Zu-

Digitized by Google

ben haben mag, daß eine verkehrte Anwendung des nur subsidiär recipirten Römischen Rechts dem hergebrachten Rechtszustand gefährden könnte, welche vielleicht auch durch bereits gemachte Erfahrungen der Art als unerläßlich geboten erschien, welche aber, allgemein wie sie gefaßt ist, kaum erklärlich wäre, wenn wirklich die Stände selbst so einmüthig und in so umfassender Weise, als später behauptet worden ist, auf alle bisherigen Gebräuche, Gewohnheiten u. s. w. verzichtet hätten.

Noch mehr aber spricht wider solche totale Abrogation der bisherigen Rechte der Inhalt aller jener Prozeß-Ordnungen und die Geschichte des Märkischen Prozeß-Verfahrens. Von wohlerworbenen Rechten, deren Erhaltung auf die älteren Rechtsquellen zurückzugehen genöthigt hätte, kann hierbei der Natur der Sache nach nicht die Rede sein; wie es unbestritten ist, daß auf diesem Gebiete das Römische Recht, freilich in der eigenthümlichen Umgestaltung, welche es zuerst durch das canonische Recht und die Doctrin der Glossatoren, später durch die Reichsgesetze und durch die einheimische Praxis und Theorie erfuhr, in einem größeren Umfange Geltung gewonnen hat, als für irgend eine andere Rechtsdisciplin, so ist andererseits der Prozeß-Gesetzgebung, wenigstens was die formelle Seite des rechtlichen Verfahrens betrifft, der freieste Spielraum gegeben, und kaum eine andere Schranke dem Ermessen des Gesetzgebers gezogen, als aus dem Wesen und Zweck aller gerichtlichen Processe sich mit innerer Nothwendigkeit ergibt. Um so größeres Gewicht wird darauf gelegt werden dürfen, wenn gerade in der Prozeßgesetzgebung unzweifelhafte Ueberreste des älteren Rechtszustandes hervortreten, wenn neben der entschiedensten Hinweisung auf das gemeine beschriebene Recht sowohl in der Grundlage des ganzen Rechtsverfahrens, als in einzelnen Vorschriften, Formalitäten u. s. w. ein Zusammen-

---

sicherung in Betreff der Klage „über mannichfaltige Beschwerung gegen ihre Privilegien und Freiheiten und lang hero gebrachten löbligen Gewohnheiten." Vgl. noch den Landtags-Revers v. J. 1540 (ebend. S. 60), den Neumärk. Landtags-Abschied v. J. 1572 (ebend. S. 98) und den Landtags-Rezeß dess. J. (ebend. S. 104) und den den Prälaten, Grafen und der Ritterschaft ausgestellten absonderlichen Revers d. J. (S. 715), und den Landes-Revers Kurf. Joachim Friedrich v. 11. März 1602 (ebend. S. 153).

Digitized by Google

hang mit der früheren Zeit, und eine Uebereinstimmung mit den Prozeßformen derjenigen Länder sich kund gibt, in welchen das Sachsenrecht gleich wie in der Mark, nicht blos vor Reception des Römischen Rechts gegolten, sondern auch später neben diesem sich im Gebrauch erhalten hat. Nicht blos aber ist eine allgemeine Prozeß- und Gerichts-Ordnung, welche auch für das Verfahren in den städtischen und gutsherrlichen Gerichten zur Norm gedient hätte, vor der Zeit Friedrichs des Gr. überall nicht ergangen, so daß für die unteren Instanzen das bisherige Verfahren, wenn schon im Einzelnen vielleicht modificirt, fortbestehen mußte [41]); auch in den für das Kammergericht und die übrigen landesherrlichen Obergerichte erlassenen Prozeßgesetzen fehlt es nicht an Abweichungen von dem gemeinrechtlichen Verfahren.

Mündliche Verhandlung des Rechtsstreits vor versammeltem Gericht blieb, um Einzelnes hervorzuheben, auch in den Obergerichten die Regel, und nur wichtigeren und verwickelteren Sachen wurden die Partheien theils zum s. g. Verfahren vom Mund in die Feder, theils zum förmlichen Schriftenwechsel verwiesen [42]). In Uebereinstimmung mit dem sächsischen Prozesse war, noch ehe die Reichsgesetze die Eventual-Maxime zur gemeinrechtlichen Regel er-

41) Das Proj. der Landes-Ordn. vom J. 1594 erwähnt und bestätigt im Thl. 5. Tit. 5 die „sonderlich Ordnungen und Gebreuche", welche in dem Altmärk. Hof- und Landgerichte, „auch an etlichen andern orten" in den Untergerichten beständen (Mylius a. a. O. Thl. VI. Abth. 3. S. 139).

42) Vgl. Sethe's hofm. Skizze der brand. und preuß. Gesetzgebung in Betr. des mündl. Prozeßverfahrens vor versammeltem Gerichte, in Simon und Strampff's Zeitschr. für wissensch. Bearbeitung des preuß. Rechts. Thl. 1. S. 27 f. — Das Proj. der K.G.O. v. J. 1643. Tit. IX. §. 1. „Demnach von Alters her biß auff gegenwärtige Zeit in Unserm C.G. die mündlichen Verhören üblichen und brauch gewesen, ... So lassen Wir auch solches nochmahlen in Vigore bleiben", verdient um so mehr Beachtung, als die, übrigens gleichfalls nicht zur Ausführung gekommene Prozeß-Gesetzgebung des Kurf. Johann Georg sogar auf ein förmliches articulirtes Verfahren berechnet war. Vgl. dessen Proj. der K.G.O. Tit. 5 u. 6 (Mylius a. a. O. Thl. VI. Abth. 3. S. 11) und Landesordn. vom J. 1594. Thl. 5. Tit. 24 (ebend. S. 146).

Digitized by Google

hoben, in den Märkischen Gerichten die Nothwendigkeit gleichzeitiger Einwendungen aller Einreden in Verbindung mit der Litis-Contestation anerkannt [43]), und gleich wie in den Ländern Sächs. Rechts ist man in der Mark bei dem, bekanntlich auch in die allg. Gerichts-Ordnung übergegangenen Prinzipe des älteren deutschen Prozesses geblieben, daß der Ungehorsam des Beklagten als Zugeständniß der klägerischen Ansprüche zu betrachten sei und ohne weitere Beweisführung des Klägers die Verurtheilung des Beklagten nach sich ziehe [44]). Die, dem neueren Römischen Recht ganz unbekannten Succumbenzgelder, welche der Appellant für den Fall des Unter-

---

43) Vgl. die K.G.O. v. J. 1516: „Würde sich auch der Beklagte" (Mylius a. a. O. Thl. II. Abth. 1 S. 11) und deren Reformation v. J. 1540: „Daß der Kläger" (ebend. S. 30) mit dem Proj. der C.G. Kurf. Johann Georg's c. 5 und 6 (ebend. Thl. VI. Abthl. 3. S. 11.) — Nur anscheinend weicht die neuere K.G.O. v. J. 1646 c. 3 (ebend. Thl. II. Abth. 1. S. 125) davon ab; denn die Vorschrift, daß der Beklagte, „beneben Vorwendung aller dilatorischen exceptionen" gleich bei der Litis-Contestation „seine Sache beschließlicher vorbringen solle, damit ... zugleich die Hauptsache gegen einander gehandelt" werden möge, ist um so zuverlässiger auf die peremtorischen Einreden zu beziehen, als in der neuen K.G.O. v. J. 1561 (ebend. S. 37) die betreffende Stelle dahin lautet, daß Beklagter im ersten Satze „beneben vorwendung seiner Dilatorien, Exceptionen, so er derhalben haben köndte, beschließlich vorbringen solle"; wenn es aber unmittelbar nachher heißt: „jedoch ausgenommen die exceptionen, so die Krafft der peremptorien zu rechte haben, dieselben auch ohne litis contestation mit bestande vorgewandt werden mögen", so muß dies unzweifelhaft, wie unpassend auch der Ausdruck dann erscheint, auf die s. g. prozeßhindernden exceptiones litis finitae beschränkt werden. Vgl. auch Pruckmann responsa juris T. I. Cons. 43. §. 14 u. 15. Scheplitz Consuet. Lib. I. P. 2. tit. 7. §. 5, welcher letztere übrigens, dem canonischen Rechte gemäß, die Stelle der K.G.-Reformation auf die exc. dilatoriae zu beschränken geneigt ist.

44) Vgl. Altmärk. Hof- und Land-Ger.-Ordn. v. J. 1602 c. 4. Altmärk. Quartals Ger.-Ordn. v. J. 1602 §. 5 u. 10. und v. J. 1621 §. 5, mit dem Project der K.G.O. Kurf. Johann Georg's c. 7. der Landesordn. v. J. 1594 Thl. 5. Tit. 30, und der K.G.O. v. J. 1643 Thl. 1. Tit. 7. §. 2. Thl. 2. Tit. 2. §. 7.

Digitized by Google

liegens zu zahlen hat [45]), erinnern an die Wetten und Bußen, die nach altem Sachsenrechte denjenigen trafen, welcher ohne Erfolg ein Urtheil gescholten hatte; ausdrücklich ertheilt auch der Landtags-Revers vom Jahr 1534 die später mehrfach wiederholte Zusicherung: es sollten weder der Landrichter zu Tragermünde, noch andere Richter im Lodding und Bodding die Partheien „mit unnöhttürfftiger Wedde oder Pueß wieder altherkommen" beschweren [46]). Die mündliche Einwendung der Appellation gleich bei Eröffnung des Urtheils, erinnernd an das Urtheilsschelten des älteren Rechts, wird in der neuen K.G.O. v. J. 1561 mit den Worten bestätigt: „weil bey zeiten Unsers sehl. Herrn und Vatern es üblicher gebrauch gehalten, daß jedem frey gestanden, sich vor den unter Gerichten allein mündlich mit lebendiger Stimme an Se. Gn. und derselben Cammergericht zu beruffen und darinne keine formalien gehalten" [47]) und ist bis in die neuere Zeit in Gebrauch geblieben [48]); eben so wenig ist in der sechswöchentlichen Ordnungsfrist der älteren Prozeß-Ordnungen, welche die Regel bildet und an mehreren Orten die Kammergerichts-Frist genannt wird [49]), die dreimalige Citation des Sachsenspiegels von je 14 zu 14 Tagen zu verkennen [50]).

45) Reform. des C.G. v. J. 1540 v.: „Und so alsdann befunden" (Mylius a. a. O. S. 31.) Altm. Quart.-G.O. v. J. 1602 u. 1621 c. 8 (ebend. S. 19 und 111). Altm. Hof- und Land-G.O. v. J. 1621 c. 6 (ebend. S. 97). Verordn. v. 5. Juli 1658. §. 35 u. 37 (ebend. S. 155).

46) Landtags-Rezeß wegen Justitien-Sachen u. s. w. v. J. 1534. Revers Kurf. Joachim's II. v. J. 1540 (Mylius Thl. VI. Abthl. 1. S. 26 und 68). Landtags-Rezeß v. J. 1572 (ebend. S. 109.) Landes-Revers v. 11. März 1602 (ebend. S. 158.) — Vgl. auch Landtags-Rezeß v. J. 1527 (ebend. S. 20.)

47) Mylius a. a. O. Thl. II. Abthl. 1. S. 40.

48) Proj. der Landesordn. v. J. 1594. Thl. 5. Tit. 39. Proj. der K.G.O. v. J. 1643. Thl. I. Tit. 17. §. 1 u. 6. Neumärk. K.G.O. v. J. 1646 c. 19. — Erst die neuverfaßte K.G.O. v. J. 1709 Tit. 12. §. 7 hat diese Appellationen „stehendes Fußes", wie die vor Notar und Zeugen für schlechthin ungültig und unzulässig erklärt.

49) Vgl. z. B. die Verordn. vom 5. Juli 1658 §. 20: „Sollen alle Termini, so einem Part zum Beweise oder anderer rechtlichen Noth-

Digitized by Google

Nicht bloß zum Schutze des Grundeigenthums ist das alte Pfändungsrecht, ganz wie es sich durch Gebrauch festgestellt hatte, als „landüblich" beibehalten worden [51]), sondern auch das Pfändungsrecht der Grund- und Gutsherren zur Eintreibung rückständiger Zinsen hat in der Art Bestätigung gefunden, daß es in keiner Weise vom Besitz der Gerichtsbarkeit bedingt sein sollte [52]). Wie die Ausdehnung, in welcher die Landesordn. v. J. 1594 den Executiv-Prozeß auch bei andern als bloßen Schuldklagen zuläßt, ebensowohl an die Grundsätze des späteren Sächsischen Prozesses erinnert, als an das ältere deutsche Recht, welches bei jeder kund- und unleugbaren Verbindlichkeit in der Pfändung sofortige Executiv-Maaßregeln gestattete, so wird es ausdrücklich auf altes Herkommen gegründet, daß in Bagatellsachen bis zu 20—30 fl. Werth den in die Gerichts-, Amts- und Rechtsbücher eingetragenen Urkunden die s. g. ausgetheilten

---

durfft gesetzet worden, praejudiciales et peremtorii, und wenn keine gewisse Zeit benennet ist, eine E.G. Frist oder sechs Wochen seyn. (Mylius Thl. II. Abthl. 1. S. 152.)

50) Um so weniger, als nach einer Urk. v. J. 1460 (Gercken T. III. p. 93) auch vor dem alten Hofgerichte zu Tragermünde die 6wöchentliche Frist galt. Wie lange übrigens in der Mark sich die Berechnung dieser Frist auf 45 Tage erhalten habe, kann ich nicht angeben, will aber nicht unbemerkt lassen, daß die 30tägige Frist für die Erbtheilung in Köppen's Decisiones qu. 30 einer 4wöchentlichen gleich behandelt wird.

51) Proj. der Landesordn. v. J. 1594. Thl. 5. Tit. 50. Scheplitz Consuet. Lib. IV. tit. 21. Köppen l. l. qu. 41.

52) Proj. der Landesordn. v. J. 1573 und Proj. der Landesordn. v. J. 1594 Thl. 3. Tit. 53: „Obwol der, welcher auf einem Hofe alleinn die Pachte und Zinse hatt, sich daher keiner gerechtigkeit (Gerichtsbarkeit) über denselben Hoff antzumaßen hatt, So ist doch von Alters In Unserm Lande herbracht, daß der Pachther, wann Ihme zue rechter Zeit seine Pachtte oder Zinse nicht geben, der Pacht- oder Zinsman selbst darumb Pfanden müge, Darbei wir es auch nochmalu laßen" (Mylius Thl. VI. Abthl. 3. S. 45 u. 162) vgl. mit Landtags-Rezeß vom 26. Juli 1613 Nachtrag Art. 11: „Einem Pachtherrn kann nicht verwehret werden, sich selbst propria authoritate wie landesgebräuchlich bezahlet zu machen" (ebend. Art. 1 S. 461) und neuverf. K.G.O. v. J. 1709 Tit. 51. §. 17. — Vgl. Scholtz a. a. O. Thl. 2. S. 443 flg.

Digitized by Google

Zettel und Recesse an Glaubwürdigkeit und Beweiskraft gleichstehen und wie klare Brief und Siegel zum Executiv-Prozesse berechtigen sollten [53]). Besonderes Gewicht aber darf wohl für unsere Behauptung, es habe selbst in formeller Beziehung dem bisherigen Gebrauche und den älteren Rechtsquellen nicht alle verbindende Autorität und Beweiskraft gefehlt, darauf gelegt werden, daß der Ritterschaft in den Landtagsrecessen des 16. Jahrhunderts der althergebrachte Gebrauch des Einlegens oder Einreitens ausdrücklich bestätigt worden ist [54]), und daß, als Kurfürst Joachim Friedrich wahrscheinlich wegen des inzwischen in der Reichs-Polizei-Ordnung v. J. 1577 ergangenen Verbots, eine gleiche Zusicherung [55]) in den Landtags-Revers v. J. 1602 aufzunehmen Bedenken trug, die Landstände zur Beschwerde sich berechtigt hielten, und von dem Churprinzen Namens seines Vaters wirklich einen Special-Revers erlangten [56]), es sollten auch in Zukunft in der Mark solche Einlagen und Leistungen ungehindert gestattet sein.

53) Proj. der Landesordn. v. J. 1594 Thl. 5. Tit. 22 u. 33. vgl. mit Köppen l. 1. Dec. 46. No. 10. — Ueber diese s. g. chartae partitae s. intendatae, oder Kerbzettel vgl. Spangenberg's Lehre vom Urkunden-Beweise S. 310.

54) Landtags-Rezeß v. J 1538 und dessen Ratif durch Markgr. Johann (ebend. Thl. VI. Abthl. 1. S. 50 u. 57) Landtags-Rezeß v. J. 1572 (ebend. S. 110).

55) In den beiden Proj. der Landesordn. Johann Georg's war das Einlegen (c. 22. und Thl. 2. Tit. 14) anerkannt, und nur für den Zehrungsbetrag des Einleisters ein Maximum festgesetzt worden. Auffallend ist übrigens, daß das ältere Project, obwohl in die Zeit vor dem reichsgesetzlichen Verbote gehörig, die Abschaffung für wünschenswerth, nur zur Zeit noch für unthunlich erachtet, und deshalb auch das Einlegen erst nach vorgängigen erfolglosen Vergleichsversuchen gestattet, während das Proj. v. J. 1594 sich auf Regulirung der Zehrungskosten beschränkt, und im Eingange das Einreiten als „zu rechte nach mehrem schluß der Rechtsgelehrten nachgelassen" bezeichnet. Vgl. Mylius Thl. VI. Abthl. 3. S. 32 und 77).

56) Revers des Chur-Printzens, Marggraf Johann Sigismunds. Donnerstags nach Oculi 1602: Demnach ... Unser gnädiger und freundlicher geliebter Herr Vater und Gevatter aus erheblichen und bewegenden Ursachen der Punct, darinn von dem Einlegen und Lei-

Digitized by Google

§. 5.

Zu ähnlichen Resultaten führt die nähere Erwägung des materiellen Rechtszustandes der Mark während des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts, ehe die neuere Gesetzgebung, an Umfang und Einfluß gewinnend, den Unterschied des provinziellen und gemeinen Rechts, wenn schon nicht vertilgte, doch zu vermindern anfing [57]).

Von allen Verhältnissen des öffentlichen Rechts, und selbst von

---

stungen in Revers A. 72 disponiret wird, den neuen Revers inseriren zu lassen bedenken getragen, und aber, weil die Landstände allerseits darauf gar hart gehalten, sich gnädigst erklähret, daß nicht minder J. Gn. in der Chur und Mark zu Brandenburg wolten die Einlagen und Leistungen ungehindert gestatten, auch die Landstände, um mehrerer Gewißheit willen, darüber unsern Schein unterthänigst gesucht und gebethen, daß wir ihnen denselben allerseits hiermit ertheilet haben. Es wird auch J. Gn. derselbigen erfolgten Erklärung wohl nachkommen. (Mylius Thl. VI. Abthl. 1. S. 170). — Vgl. auch Köppen l. l. Dec. 3. u. Scheplitz l. l. Lib. I. P. 4. tit. 3.

57) Hauptquelle für den damaligen Rechtszustand sind die unter Kurf. Johann Georg entworfenen Landesordnungen deren bisher schon mehrfach Erwähnung geschehen ist. Zwar sind sie bloßes Project geblieben; soweit sie indessen mehr referirenden, als constitutiven Inhalts sind, und auf Herkommen und Gebrauch sich berufen, können sie, wie auch allgemein anerkannt wird, um so mehr als gültiges Zeugniß erachtet werden, als deren Inhalt theils durch einzelne Constitutionen, mehr noch durch die Schriften der märkischen Praktiker bestätigt wird, welche letzteren freilich mehr oder weniger von der Ansicht unbedingter Reception des römischen Rechts ausgehen, und den Zusammenhang der von ihnen beurkundeten Observanzen mit deutscher Rechtsansicht wenig oder gar nicht beachten. Zu bedauren ist, daß die neuesten Bearbeitungen des märkischen Provincialrechts, in Folge der ihnen zunächst gestellten Aufgabe, sich zusehr auf Darlegung des heutigen Rechtszustandes beschränkt haben, und wo dieser, wie vielfach geschehen, im Laufe des vorigen Jahrhunderts durch die Gesetzgebung geordnet worden ist, nicht über diesen Zeitpunkt hinausgehen, über die Rechtsgeschichte der Mark nur für einzelne Partieen Aufschluß geben.

Digitized by Google

denjenigen privatrechtlichen Instituten wird dabei billig abzusehen sein, welche, wie z. B. die Standesverhältnisse, die Communal-Einrichtungen, das Zunftwesen, die Regalien, in näherer oder entfernterer Beziehung zur Landesverfassung stehen. Denn in dieser Beziehung kann der Fortbestand der althergebrachten Einrichtungen [58]) und Uebereinstimmung des neueren Zustandes mit dem vor der Zeit der Reception des Römischen Rechts über die obwaltende Streitfrage um so weniger entscheiden, als selbst die eifrigsten Vertreter des Römischen Rechts für das Gebiet des Staatsrechts u. s. w. nie dessen unbedingte Gemeingültigkeit zu behaupten gewagt haben. Wir wollen auch auf diejenigen privatrechtlichen Verhältnisse kein Gewicht legen, deren Ursprung in die Zeit vor Einführung der fremden Rechte zurückreicht, und so die fernere Anwendung der damals geltenden Rechtsnormen nothwendig machte, wollte man nicht wohlerworbene Befugnisse hintansetzen oder schmälern. Namentlich soll daher hier ganz davon abgesehen werden, daß das Provinzial-Lehnrecht der Mark bis zu der bekannten General-Allodification unter König Friedrich Wilhelm in allen wesentlichen Punkten mit dem Sächsischen Lehnrechte übereinstimmt. Zwar ist, so viel insbesondere das Prinzip anbelangt, daß nicht die agnatische Verwandtschaft mit dem Lehnsbesitzer, nicht die Abstammung von dem Lehns-Erwerber, sondern lediglich die bei jeder Thron- oder Lehnsveränderung zu erneuernde Aufnahme in die gesammte Hand zur Succession berechtigte [59]), streng genommen nur auf Seiten des Landes- als obersten Lehensherrn ein wohlbegründetes Recht für Beibehaltung der gesammten Hand vorhanden gewesen, während der Ritterschaft das gemeinrechtliche Lehnsfolgesystem, weil gegen Apertur sicherer, nur Vortheil gebracht haben würde [60]), und wäre wirklich die legislative

58) Nur auf Tit. 14. Thl. I. der Landesordn. v. J. 1594 sei deshalb hinzuweisen gestattet, weil hier bei gesetzlicher Feststellung des Längenmaaßes einer Meile bemerkt wird, an etlichen Orten sei dies bisher entschieden worden nach einem Urtheile hinter dem sächsischen Weichbilde (s. Leipz. Ausg. v. 1551. Bl. CXV u. CLXI.)

59) Vergl. Scholtz a. a. O. Thl. 1. S. 169 flg.

60) Von Seiten der Landesherrschaft ist auch allein der Anerkennung des gemeinrechtlichen Lehnfolgesystems Widerspruch entgegengestellt worden; eine Zeitlang übrigens nur mittelbar, indem man zwar im

Digitized by Google

Intention auf vollständige und alleinige Reception der fremden Rechte gerichtet gewesen, so hätte offenbar die Rücksicht auf wohlerworbene Rechte der Unterthanen kein irgend erhebliches Hemmniß hervorrufen können. Auch ist in der andern unverändert festgehaltenen Eigenthümlichkeit des Märkischen Lehnrechts, welche in der Verhaftung aller Lehnsfolger, nicht bloß der Descendenten, für die Allodialschulden des verstorbenen Lehnsbesitzers sich kund giebt [61]), eine Beziehung auf wohlerworbene Rechte Dritter kaum anzuerkennen. Immer war ja jene Verhaftung nur eine subsidiäre, und trat erst ein bei Ermangelung ausreichenden Allodialnachlasses, brachte daher der Familie des Lehnsbesitzers keinen Vortheil, sondern nur dessen Gläubigern, welche, wie ihr Recht nur in dem mit dem Lehnsbesitzer abgeschlossenen Geschäfte Grund und Ursprung hatte, über Beeinträchtigung wohlerworbener Befugnisse nur dann hätten klagen, und der Anwendung des gemeinen Lehnsrechts widersprechen können, wenn das Schuldverhältniß selbst, nicht schon wenn nur die Verleihung des beanspruchten Lehngutes, aus der Zeit vor Reception der fremden Rechte herrührte. Und wie ist es vollends, um anderer Verhältnisse zu geschweigen, bei der Vertheilung der Lehnsfrüchte zwischen Allodial-Erben und Lehnsfolger möglich, in der Art von wohlerworbenen Rechten der ersteren zu sprechen, daß bloß, weil

Principe an der Nothwendigkeit einer Erneuerung der gesammten Hand bei jedem Thron- wie Lehnsfalle festhielt, aber es bei Lehnsfällen mit deren Versäumniß nicht so genau nehmen zu wollen erklärte (Lehnsedict vom 1. Dec. 1602 bei Mylius Thl. II. Abth. 5. S. 19), oder doch eine bloße Anmeldung der Gesammthänder für genügend erachtete, und die wirkliche Eidesleistung und förmliche Lehns-Erneuerung nur denjenigen zumuthete, welche in den Besitz des erledigten Lehns kamen (Declar. v. 19/29. März 1689 ebd. S. 49).

61) Scholtz a. a. O. S. 176 ff. 187 ff. Erst im Jahr 1613 wurde dies Prinzip für alle von da ab neu contrahirten Schulden dahin modificirt, daß es bei diesen auch des Consenses der Agnaten bedürfe; doch wurde eine so große Reihe von Schulden als gesetzliche und stillschweigende Lehnsschuld dabei anerkannt, daß factisch sich wenig dadurch änderte, und dies Zugeständniß nur in so fern richtig ist, als es deutlich zeigt, wie sehr die Ansicht von principaler Gültigkeit des gemeinen Rechts das Uebergewicht gewonnen hatte.



Digitized by Google

das betreffende Gut schon vor Reception des römischen Rechts Lehn gewesen, nun für immer den Allodial-Erben der späteren Besitzer die Vortheile hätten bleiben müssen, welche die altdeutsche Weise der Fruchtvertheilung zu gewähren geeignet war? Gleichwohl hat sich hier das Prinzip erhalten, daß soweit durch Arbeit und Bestellung verdient, die noch nicht percipirten Früchte zum Nachlasse gehörten, und daher die Allodial-Erben darauf Ansprüche machen konnten, sobald der Lehnsbesitzer, je nach Verschiedenheit der Früchte und dem desfallsigen Herkommen, bestimmte Kalendertage noch erlebt hatte [62]. Mit gutem Grunde könnten wir daher auch das Lehnrecht für unsere Ansicht geltend machen, daß, ganz abgesehen von wohlerworbenen Befugnissen und einer dadurch begründeten Rechtsnothwendigkeit, die alten Landesgebräuche und Gewohnheiten in Kraft geblieben seien, weil das gemeine Recht überhaupt nur als subsidiäre Quelle diesen zur Seite stehen, nicht an deren Stelle treten sollte. Indessen wollen wir, da hier die Gegenseite in dem Resultate mit uns übereinstimmt, und die Fortdauer des alten Sächsischen Lehnrechts an sich nicht bestreitet, auf rein privatrechtliche Verhältnisse unsere Beweisführung beschränken, bei welcher auch nicht einmal der Schein einer Rücksichtnahme auf in früherer Zeit sehr wohlerworbene Befugnisse Einzelner für die nachweislichen Ueberreste des älteren Rechtszustandes sich geltend machen läßt.

## §. 6.

Unverändert scheint größtentheils sich bei Veräußerungen des allodialen Grundbesitzes die Nothwendigkeit gerichtlicher Mitwirkung erhalten zu haben, wenn schon die alten symbolischen Formen der Auflassung verschwanden, und zuletzt nur die Eintragung in die ge-

62) S. Scholtz a. a. O. S. 399 ff. — Vgl. auch das Proj. der Landes-Const. v. J. 1594. Thl. 3. Tit. 24 die zwar, mit Ausnahme des Leibgedings-Besitzes einer Wittwe, dieselbe Art der Fruchtvertheilung auf andere Fälle einer bloß ad dies vitae zuständigen Benutzung fremden Guts zu übertragen Anstand genommen hat, aber doch in dem Grundsatze, daß pro rata temporis in solchen Fällen die Früchte repartirt werden sollten, dem Deservits-Prinzip des deutschen Rechts sich anzuschließen sucht.

Digitized by Google

richtlichen Lager=, Grund= und Hypothekenbücher übrig blieb [63]. Entschiedener und schneller verlor sich die andere Eigenthümlichkeit des ältern deutschen Rechts, daß Grundstücke in der Regel nicht ohne Einwilligung der nächsten Erben veräußert werden konnten, welche bekanntlich sogar in Sachsen auf ein bloßes Vorkaufsrecht der Kinder und auf die von den Großeltern herrührenden Erbgüter u. a. S. beschränkt worden ist [64]; wie indessen die Märkischen Schriftsteller des 17. Jahrhunderts beiläufig noch dieses Rechts der nächsten Erben erwähnen [65], so muß es auch noch zu Ende des 16. ziemlich allgemein und unbestritten gegolten haben, da die Projecte zur Landesordnung übereinstimmend es für jedes „Erbgut", zu Gunsten aller „Freundte im vierdten grade", und auch „nach vollezogene Kauff, sobald das Gutt überantwortet wordenn", also

63) Wie die Landes=Constit. v. J. 1594 Thl. 2. Tit. 19, indem sie im Falle des Concurses nächst denen, welche ex deposito ihr Eigenthum vindiciren, primo loco „die Verkauffere, welchenn aus Contracten, Landesgewohnheit oder durch unsere besondere Constitution bis zu der letztenn Zahlung und Gerichtlichem Aufgeben des Guets dominium bleibet" erwähnt, die gerichtliche Auflassung gleichsam als sich von selbst verstehend voraussetzt, so bezeugt Köppen l. l. Dec. 24. No. 2, daß gleich wie in Sachsen auf Grund des Sachsenspiegels, so auch im Brandenburgischen an den meisten Orten nur eine gerichtliche Veräußerung der Immobilien zulässig sei. Das Edict vom 28. Sept. 1693 und 20. Sept. 1704 (Mylius Thl. II. Abthl. 2. S. 17 - 39), die Vorläufer der Hyp.=Ordn. vom 4. Febr. 1722, welche erst nur für Berlin, dann für alle Provinzen die Einrichtung ordentlicher Erb= und Lagerbücher anbefehlen, in welche alle Besitzveränderungen und Verschuldungen zu vermerken wären, bezeichnen dies auch nicht als eine neue Einrichtung, und die dawider erhobenen Bedenken (s. Pat. vom 22. Nov. 1704 ebend. S. 41) betreffen eigentlich nur die Verpfändungen, welche ohne Eintragung kein dingliches Recht mehr gewähren sollten.

64) Const. elect. Saxon. A. 1472. P. II. Const. 12 u. 31. Vgl. Haubold's Lehrb. des kön. sächs. Privatrechts §. 217 u. 196.

65) Landes=Const. v. J. 1594. Thl. 2. Tit. 48. vgl. mit der Landes=Ordnung v. J. 1573. Kap. 14. (Mylius a. a. O. Thl. VI. Abthl. 3. S. 27 und 95).



Digitized by Google

noch als wahres jus retractus aufgenommen haben [66]. Ebenso weicht zwar die Art, wie die Landes-Constitution v. J. 1594 mit gefundenen Sachen verfahren wissen will, von den Worten des Sachsenspiegels, wie von der dem letzteren durch den sächsischen Gerichtsgebrauch gegebenen Deutung wesentlich ab, indem die gefundene Sache, so der Eigenthümer sich nicht meldet, der Finder nur, wenn er ein „gemeiner armer Mann" ist, behalten, sonst der Richter „ins Hospitall oder den armen Leuten geben" soll; aber die Nothwendigkeit öffentlichen Aufbietens von der Kanzel ist ebenso beibehalten, als der Grundsatz, daß entgegengesetzten Falls der Finder wie ein Dieb behandelt werden solle, daran erinnert, daß nach dem Sachsenspiegel der auf Befragen abgeleugnete Fund „Dube" ist [67]. Bis ins vorige Jahrhundert hat sich das in den Rechtsbüchern des Mittelalters erwähnte Vorrecht der Juden erhalten, daß sie auch gestohlene Sachen, wenn Kauf und Versatz öffentlich geschehen war, nur gegen Restitution des Kauf- und Pfandschillings herauszugeben brauchten [68].

---

66) Wie Scheplitz in der oben Note 56) angeführten Stelle bemerkt, daß durch die Worte „beyderseits Freundschaft" allein von den Blutsfreunden und nicht anders verstanden wissen wollte, so hält er §. 24 eod. p. 183 für nöthig, noch besonders auszuführen, alienationem etiam quoad bona avita jure civili nemini prohibitam esse, salva saltem legitima filiorum. Ebenso erkennt Pruckmann den Retract der Agnaten bei Allodialgütern zwar nicht mehr als gemeinrechtlich an, nimmt aber im Cons. 4. No. 34 darauf Rücksicht, daß ein solches Recht ex statuto vel consuetudine hergebracht sein könne, und es ist daher kein Zweifel, daß auch in der Mark wie in den meisten Ländern Deutschlands nur nach und nach die deutsche Rechtsansicht den römisch-rechtlichen Principien hat weichen müssen.

67) Vgl. Thl. I. Tit. 6 mit Sachs. Sp. B. II. Art. 29 u. 37. und Haubold a. a. O. §. 182.

68) Vgl. Sachs. Sp. B. III. Art. 754 mit dem Edict über Aufnahme von 50 Judenfamilien v. 21. Mai 1671 (Mylius a. a. O. Thl. V. Abthl. 5. S. 123), welches im Art. 3 „wegen erkauften gestohlenen Gutes" auf das Halberst. Juden-Regl. v. 1. Mai 1650 verweiset. Dieses Privilegium ist zwar nach Müller pract. Res. 23 schon wenige Jahre darauf durch kurfürstl. Rescr. cassirt worden;

Digitized by Google

Wie das mehrerwähnte Project einer Landes-Constitution den Vorzug, welchen das Römische Recht dem pignus publicum vor den, der Zeit nach älteren Pfandgläubigern beilegt, ausdrücklich verwirft „dieweill in Teutschland, sonderlich in unsern Landen herbracht, auch durch unsere sonderliche Constitution ersehen, daß dem Creditor klare Brieffe und Siegell zu Beweisung seiner Schuld gnugsamb" [69]), so enthält andrerseits die hier und in dem ältern Entwurfe v. J. 1573 aufgestellte Concursordnung [70]) eine Reihe von Bestimmungen, welche deutlich zeigen, daß weder die im Römischen Rechte einzelnen Pfandrechten beigelegten Privilegien unbedingt damals schon galten, noch die Gleichstellung der stillschweigenden und ausdrücklichen Pfandrechte, obwohl im Prinzipe anerkannt, vollständig den bisher befolgten Grundsatz hatte verdrängen können, daß die ältere Specialverpfändung ein besseres und vollständig gesichertes Recht gewähre. Denn so gewährt die Landesordnung v. Jahr 1572 dem Fiscus ein Vorzugsrecht nur für die „außstehenden Schosse und Landsteurenn", so wie „dem eingefürten brauch nach" für die den Aemtern schuldigen „Pachtenn und Zinsenn" stellt auch in letzterer Beziehung dem Fiscus die „andern Erbherrschaftenn" völlig gleich; bestimmter wird zwar in der Landes-Constitution v. J. 1594 der Fiscus als privilegirt anerkannt, jedoch ein unbedingtes Vorzugsrecht auch nur für „Schosse, Zinse, Pachte der Herrschaft" geltend gemacht, und dabei nicht bloß derartigen Forderungen „anderen so jura Fiscalia haben vermüge des alten Gebrauchs unserer Lande", sondern allen „Kirchen-, Schulen-, Hospital-Schulden" dieselbe Stelle angewiesen, welche das ältere Project zwar auch schon, jedoch nicht in dem Maaße, als privilegirte bezeichnet [71]). Auch

daß es indessen trotzdem fortbestanden, ergibt sich deutlich aus der Confirm. privil. der Berliner Judenschaft v. 20. Mai 1714 §. 2. ebd. S. 158) und erst das Gener.-Priv. und Juden-Regl. v. 29. Sept. 1730 §. 5 (ebend. S. 195) hat es auf Grund des Edicts vom 24. Dezbr. 1725 (ebend. Thl. II. Abthl. 3. S. 143) aufgehoben.

69) Landes-Constit. v. J. 1594. Thl. II. Tit. 39 (a. a. O. S. 82).

70) Landes-Ordn. v. J. 1573. Kap. 23. und Landes-Constit. v. J. 1594. Thl. II. Tit. 19. Vgl. auch Köppen l. I. Dec. 28. Nr. 24 sq.

71) „Weiter", heißt es hier „haben wir den Kirchen, Schulen, Hospitalen, Gottskasten und andern milden sachenn in unserm Lande

Digitized by Google

wird dem „Fisco und andern privilegirten Communionen" vor der Ehefrau nicht unbedingt der Vorzug eingeräumt, sondern nur, wenn ihr Pfand- und Forderungsrecht zugleich älter wäre, und andrerseits wird die Priorität der Wittwen „wegen ihrer eingebrachten Ehesteuer und halben Hochzeitsgeschenke" nur vor den „eltern heimlichen Pfandt: Gleubigern" anerkannt, wogegen „da eltere Creditores, welche ausdrückliche Pfande haben, vorhanden, dieselben den Wittfrauen vorgezogen werdenn, der Kegenvermachtnus halber aber die Frauen ausserhalb ihres Leibgedings keinen Vorzugk habenn" sollen [72]). Als Ueberrest Deutscher Rechtsgewohnheiten ist es nicht minder zu betrachten, wenn jene Projecte neben dem pignus in causa judicati captum und dem durch missio in bona begründeten Pfandrechte auch die s. g. Kummerklage oder den Sächsischen Arrest als unzweifelhaften Entstehungsgrund eines wirklichen Pfandrechts bezeichnen, nur daß sie ähnlich wie in Sachsen, wo erst zu Anfang des vorigen Jahrhunderts diese Art richterlichen Pfandrechts aufgehoben worden [73]), für die Bekümmerung, damit sie diese Wirkung habe, eine bestimmte Procedur vorschreiben; und verdient dies besonders hervorgehoben zu werden, daß das Project v. J. 1594 ausdrücklich dabei auf Sächsisches Recht zu verweisen kein Bedenken trägt [74]).

---

die begnadung gethann, daz ihre schulde zum Achten sollen bezhalet werdenn."

72) Aehnlich lautet die ältere Landes-Ordnung dahin: „Zum funfften sol des Schuldigers hausfraw oder witwe ... mit deme, was sie Ihrem Ehemanne an gelde und andern Paraphernalien wirklichen zubracht, auch die helffte des, was Ihr und Ihrem Manne auf die Hochzeit geschenkt wordenn, so viel sie des beweisen khann, allen Andern Gleubigern, welche nicht außdrückliche elttere unterpfanndt an des Schuldigers gütern haben, vorgezogen werdenn."

73) Const. Elect. Saxon. P. I. Const. 28. 29. Allg. Sächs. Proz.-Ord. Tit. 48 u. 51. und Erl. Sächs. P.-O. ad Tit. 51. — Vgl. auch Haubold a. a. O. §. 211.

74) Thl. V. Tit. 47: „Volführte Arreste machen nach Gewohnheit Sächsischen Rechts ein Gerichtlichs Underpfandt. Als es aber in den Kummer-Sachen in unserm Lande biß anhero sehr unrichtigk gehalten wordenn, so ordnen wir, daß ein jeder beschlagener Kummer von 14 tagen zu 14 tagen mit 3 Kummer-Klagen und

Digitized by Google

Bekannt ist es ferner, wie sich der Volljährigkeits-Termin des alten Sachsenrechts in so ausgedehntem Umfange gegen das gemeine Recht erhalten hat, daß man noch bei Redaction des allg. Landrechts für alle Nichtadelige die Majorennität mit vollendetem 21ten Jahre eintreten zu lassen beabsichtigte [75]). Uebergegangen aber in das A. L. R. ist die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Verheirathung der Tochter und durch Einrichtung eines eignen Haushalts Seitens der mündigen Söhne, durch die s. g. emancipatio Saxonica, welche sowohl in jenen Projecten, „obwoll zu rechte verordnet, daß ein Vater in der Kinder... Gütern Zeit seines Lebens den Genieß und Usum fructum habe", als von den Märkischen Rechtslehrern als unzweifelhaft Rechtens anerkannt wird [76]).

---

Citation des Kegentheils soll versühnet werdenn. Neben der dritten Kummer-Klage aber soll der Gläubiger seine liquidation mit einbringen. Wenn nun darauf die schuldt clar befunden wirdt, soll das gerichtliche Pfandt krefftig sein... von dato des gesuchten Kummers". — Dies pignus arresti hat übrigens in der Praxis und bei den Rechtslehrern der Mark gleicher Weise Anstoß gefunden, wie denn bei Scheplitz T. II. tit. 189 ein Cameral-Erkenntniß v. J. 1606 mitgetheilt wird, daß „die arresta... weder nach gemeinen Kayserl., noch beschriebenen anderen Oertern üblichen Sächsischen Rechten einiges jus praelationis zu geben pflegen", und Müller pract. Res. 27 auszuführen sucht, daß ein Arrest weder ein dingliches noch sonst ein Vorzugsrecht gebe; indessen erwähnt doch Köppen l. l. Dec. 46. Nr. 30 dieser Art gerichtlichen Pfandes noch als besonderer Ortsgewohnheit, und Müller a. a. O. ist wenigstens demjenigen Gläubiger, welcher eines flüchtigen Schuldners Gut mit Beschlag hat belegen lassen, vor den übrigen Creditoren einen Vorzug zu gewähren nicht ganz abgeneigt.

75) S. Suarez amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des A L. R. S. 1. — Daraus erklärt sich auch, daß das Wechselrecht für die Mark Brandenb. vom 19. Dezbr. 1701 im Art. 5 alle Handlungtreibende mit vollendetem 21. Jahr als vollkommen wechselfähig anerkannte, obschon kurz vorher das Edict vom 10. Sept., welches die von Minderjährigen ohne Consens der Eltern, Vormünder und Curatoren geschlossenen Geschäfte für ungültig erklärt hatte, die Majorennität erst mit vollendetem 25. Jahre annahm. (S. Mylius Thl. II. Abthl. 2. S. 25 u. 86).

76) Landes-Const. v. J. 1594. Thl. I. Tit. 22. 23. Pruckmann l. l.

Digitized by Google

Selbst im Erbrechte, für welches doch die Joachimica in so bestimmt derogatorischer Weise das gemeine Recht als Norm bestätigt hatte, ist dasselbe zu nichts weniger als ausschließlicher Geltung gelangt. „Ein jeglicher, dem solches zu Recht gebühret", heißt es dort, „mag nach Rechts Form ein Testament machen", und die Landesordn. v. J. 1594 bemerkt [77]), wie es „zu rechte sehr dispütirlich, ob ein Testament oder letzter Wille, welches nach Gewohnheit der Statuten desselben orts oder sonsten an (ohne) die zu rechte verordnetenn Solennitäten aufgerichtet, für krefftig gehalten werden könne". Gleichwohl erklärt sie alle vor dem Cammergerichte vor den Unter-Obrigkeiten auf dem Lande, vor dem Rathe und den Gerichten der Städte, oder auch nur in Gegenwart des Pfarrers und zweier Zeugen errichteten Dispositionen für gültig, und daß überhaupt „die Testamenta und letzte Ordnungen voll nach eines jeden orts oder Stadt Gewohnheit und Statuta gemacht werden können, auch jederzeit bestendigk und krefftigk sein sollenn". Die unbedingte Gültigkeit der Ehestiftungen, gleichviel ob sie über die Succession oder Anderweitiges Dispositionen enthalten, erkennt die Landes-Constitution an, „unangesehenn was hierwieder die gemeinen Rechte von denn pactis dotalibus verordnet habenn" [78]); nicht minder erhielt sich das althergebrachte Recht des überlebenden Ehegatten zum Beisitz mit den Kindern, welche zwar bei etwaniger Verheirathung oder Etablirung aus dem gemeinen Gute eine, späterhin zu conferirende Ausstattung, „so hoch ungefahrlich, als Jr angestorbenes Erbtheil austraget", erhalten sollen, die wirkliche Theilung aber nicht einmal bei Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten, sondern nur einen s. g. Ausspruch zu fordern haben, welcher „ins Rathsbuch verzeichnet oder sonst darüber glaubwürdige Brieff und Siegell aufgerichtet werden" sollen [79]). Wie es endlich

---

T. I. Cons. 35. Nr. 42. Scheplitz l. l. P. 3. tit. 4. §. 1. Nr. 5. Müller l. l. resol. 78. Nr. 11.

77) Landes-Const. v. J. 1594. Thl. III. Tit. 27. Vgl. auch Köppen l. l. Dec. 45. Nr. 4. §. 16.

78) Landes-Const. v. J. 1594. Thl. III. Tit. 1.

79) Ebend. Tit. 36 vgl. mit Landes-Ordnung v. J. 1572 Art. 8 wo zu Rechtfertigung dieses Beisitzes das Römisch-rechtliche Nießbrauchsrecht des Vaters geltend gemacht wird, während die Const.

Digitized by Google

lediglich als Ueberrest deutscher Rechtsansicht sich darstellt, wenn das erwähnte Project v. J. 1594 in das den Kindern bei der Wiederverheirathung des Vaters oder der Mutter durch Abschichtung zugefallene Vermögen nur den ersteheliehen Geschwistern untereinander, nicht den Eltern ein Successionsrecht zugesteht[80]), so gelten auch nach wie vor die von den adligen Töchtern bei ihrer Ausstattung in den Ehestiftungen ausgestellten Verzichte auf Vater- und Muttergut, selbst ohne eidliche Bestärkung, unbedingt als bindend und gültig, uud schlechthin blieben die Töchter, „dieweil durch den allerlengsten Gebrauch also eingeführt", von der gleichzeitigen Erbfolge mit den Söhnen ausgeschlossen[81]). Endlich hat auch das s. g. Recht des Dreissigsten, daß nemlich erst nach Monatsfrist die Vertheilung des Nachlasses eintrat, und bis dahin weder die Gläubiger ihre Befriedigung verlangen noch die etwanige Erben des Verstorbenen Auszantwortung ihres Erbtheils fordern konnten, wenigstens bis in das 17. Jahrhundert hinein unverändert in der Mark fortbestanden[82]).

Am entschiedensten erhielt sich indessen, wie fast überall, so auch in der Mark das althergebrachte Recht und giebt sich eine Uebereinstimmung mit den Rechtszuständen des benachbarten Sachsenlandes kund, in den Güterverhältnissen der Ehegatten. Was Folge der ehelichen Vormundschaftsgewalt des Mannes seit alter Zeit war, das ehemännliche Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht, ist gleich wie in den Ländern Sächsischen Rechts dergestalt Regel geblieben, daß die Schriftsteller des Brandenburgischen Rechts es ausdrücklich zu bezeugen nicht einmal für nöthig erachtet haben, sondern als allbekannt und un-

---

v. J. 1594 nur reprobirend bemerkt, wie man gegen diesen Besitz das freie Theilungsrecht der Miteigenthümer habe geltend machen wollen. — S. auch Scheplitz l. I. Lib. 3. tit. 2. §. 17 und tit. 8. §. 19.

80) Ebend. Th. III. Tit. 14.

81) Landes-Ordn. v. J. 1572 Art. 5 und Landes-Const. v. J. 1594 Th. III. Tit. 10 z. E. Scheplitz l. l. tit. 2. §. 5. Nr. 12 bezeichnet diesen Verzicht als receptissima inter nobiles consuetudo.

82) Vgl. Scheplitz l. l. P. 3. tit. 2. §. 4. No. 5, Pruckmann l. l. T. 1. Cons. 34. No. 115, Müller l. l. res. 85. No. 18. 19. mit Sydow's Erbrecht nach den Grundſ. des Sachſ. Sp. S. 316—18. — Wie lange sich dieser Gebrauch erhalten, muß ich dahin gestellt lassen.

Digitized by Google

zweifelhaft stillschweigend voraussetzen [83]); selbst der Sächsische Sprachgebrauch, welcher in Folge dessen Dotal- und Paraphernalgüter nicht je nach dem Rechte des Mannes zur Nutzung und Administration, sondern nur darnach unterscheidet, ob die Frau abgesehen von der eigentlichen Ausstattung Vermögen in die Ehe gebracht oder erst während der Ehe erworben hat, so daß zwischen beiden Arten in rechtlicher Hinsicht kein wesentlicher Unterschied gemacht, vielmehr nur durch ausdrücklichen Vorbehalt freie Disposition und Nutzung der Frau gesichert würde [84]), hat in der Mark unzweifelhafte Geltung gewonnen [85]). Das Successionsrecht ferner des überlebenden Ehegatten weicht zwar in so fern vom Sächsischen Rechte ab, als Mann und Frau gleiche Ansprüche und zwar auf die Hälfte des reinen Nachlasses haben, während dort bekanntlich dem Manne nur die fahrende Habe der Frau zufällt, diese je nach Concurrenz mit Kindern oder andern Verwandten des verstorbenen Mannes $^1/_4$ oder $^1/_3$ von des letzteren Vermögen erhält. Allein nicht bloß, daß wie in Sachsen die portio statutaria Pflichttheilsrecht genießt [86]), ist auch das Märkische Recht darin denselben Grundsätzen gefolgt, daß es der Frau freigestellt blieb, ob sie unter Verzicht auf die statutarische Portion, welche ihr nur gegen Einwerfung ihres eignen Vermögens zukommt, mit letzterem sich begnügen, und ihr Eingebrachtes aus dem Nachlasse zurückfordern will [87]); während wiederum der Mann, wenigstens der

---

83) Vgl. Scholtz a. a. O. Th. 2. S. 27 flg.

84) S. Haubold a. a. O. §. 74 flg.

85) S. u. a. Landes-Const. v. J. 1594 Th. II. Tit. 19, Schep'itz l. l. Tom. II. tit 54 u. 106 — Vgl. auch Hyp.-Ordn. v. 4. Octbr. 1722. §. 153. 157. 181. Decl. Const. wegen Succ. der Agnaten vom 11. Juni 1723. §. 3 u. 7. (Mylius Th. II. Abth. 2. S. 155 flg. u. Abth. 5. S. 126 flg.)

86) Scheplitz Consuet. Marchiae Lib. I. P. 3. tit. 2 §. 23 vgl. mit Scholtz a. a. O. Th. 2. S. 223.

87) Scheplitz l. l. §. 24. qu. 3. No. 2, Müller practica Res. 90 vgl. mit Landes-Ordn. v. J. 1573. Art. 1.: Vermöge unser Landes-Constitution behaltenn die Eheleute, welche der andern Todt erleben, das halbe Guet; dieweil aber, wenn solches durchaus gehaltenn werden sol, sich vielfaltigkeit zutregt, daß die Frawen ihres eingebrachten Guets, bey welchem die gemeine Rechte sie aus vernünftigen ursacheun in allwege erhalten haben wollenn, dadurch

adlige, wenn die Ehe kinderlos war, von den Erben der Frau verlangen konnte, daß sie mit dem Eingebrachten sich begnügten [88].

Gleichergestalt kannte das ältere Märkische Provincialrecht die besonderen Vorrechte, welche in Sachsen altem Herkommen gemäß

---

gar beraubett oder doch merklich daran vorkurtzt werden; So sol denselben freystehen, ob sie nach Absterben ihrer Ehemänner ihr Einbringen wieder fordern oder den halben Theil der Gueter behaltenn wollen", und mit Landes-Const. v. J. 1594. Th. III. Tit. 5. — Uebrigens ist, wie sich aus den von Scheplitz in Suppl. p. 584 mitgetheilten Erkenntnissen ergiebt, dies Wahlrecht nicht unbezweifelt geblieben und die Theilung pro dimidia als unvermeidlich erachtet worden, was ohne Zweifel damit zusammenhängt, daß nach Müller l. l. No. 11 seq. das Kammergericht eine Zeitlang aus der statutarischen Erbportion eine wahre communio bonorum herleitete.

88) Scheplitz l. I. No. 4 u. Müller l. l. Res. 87. No. 22 vgl. mit Landes-Ordn. v. J. 1573 Art. 13: „... Alß wollen Wir unsere Landes Constitution hiemit dahin ercleret habenn, daß inn dem fal, wann einem vom Adel seine Hausfraw stirbet und keine Kinder verlasset, ... auch in Ihrer Ehestifftung ... nichts abgeredet ist, der Mann seiner verstorbenen Frawenn negsten Freunden nicht die halbe Erbschaft, sondern alleine so viel heraus zue geben sol schuldigk sein, als ihme die Fraw ann Ehegelde, Gesmuek, Kettenn, Kleinot, Kistenn, Kistengerede und andern Paraphernalien und außfertigung zuebracht, domit ihre Freunde auch ersetriget sein, und ihme weiter nicht sollen zue dringen haben"; eine Bestimmung, welche zugleich zu näherer Erklärung des Art. 1 und was dieser unter dem „Einbringen" verstehe, dient, übrigens mit der Landes-Const. v. J. 1594 a. a. O. übereinstimmt, indem auch diese zuerst im Allgemeinen „die eingebrachten Güeter sowoll als Paraphernalien", dann aber näher „ihre Mitgifft, Kleider und Weiblichen Geschmuck, den sie in Zeit der Hochzeit gehabt, auch was sie in stehender Ehe ererbet" als Gegenstand der Rückgabe bezeichnet. — Ob des adligen Mannes mehr in enunciativer Weise Erwähnung geschehen, weil dessen Interesse die Theilung am ersten entgegen sein kann, oder ob dies Recht ein besonderes Standesvorrecht sein soll, lasse ich dahin gestellt: der Eingang des Art. 13 macht das erstere wahrscheinlicher.

Digitized by Google

noch jetzt die adligen Wittwen zu genießen pflegen [89]). An Modificationen im Einzelnen hat es zwar hierbei nicht gefehlt; der Umstand, daß, während in der Neumark schon in der Mitte des 16. Jahrh. durch die Cammer- und Hofgerichts-Ordnung v. J. 1661 die Wittwen-Versorgung gesetzlich geordnet worden ist [90]), in den übrigen Theilen der Mark eine ähnliche Legislation zwar mehrfach angeregt wurde, aber nicht zur Ausführung kam [91]), hat auch die Folge gehabt, daß mehr und mehr das alte Herkommen sich verdunkelte, während zugleich in Theorie und Praxis auch unpassendes Hereinziehen gemeinrechtlicher Grundsätze und durch irrthümliche Combination jener Vorrechte mit dem statutarischen Erbrechte der Ehegatten sich Grundsätze feststellten, die mit der Natur dieser rein germanischen Institute, wie mit den hergebrachten Gewohnheiten gleichermaßen in Widerspruch standen, und in solcher Weise Controversen hervorriefen, daß es höchst schwierig ist, was in älteren und neueren Constitutionen, in den Schriften der Märkischen Practiker und in den Präjudicien über diese Materie vorliegt, auf ein bestimmtes System zurückzuführen [92]). Immer aber läßt sich doch im Allgemeinen der Gang nachweisen, welchen nach dieser Seite hin die Rechtsbildung der Mark genommen hat, und ein Zusammenhang mit dem älteren und neueren Sächsischen Rechte, insbesondere

89) Haubold a. a. O. §. 398 flg.

90) S. Mylius a. a. O. Th. II. Abth. 1. S. 43 u. 44. — Mit einigen Amplificationen, im Ganzen aber wörtlich übereinstimmend, sind diese Bestimmungen in die Cap. 32 flg. der Neum. Kammer-Ger.-Ordn. v. 11. Decbr. 1700 (ebend. S. 248) übergegangen.

91) Vgl. Landt.-Rezeß v. J. 1602 (bei Mylius Th. VI. Abth. 1. S. 162) und Landt.-Absch. für die Neumark v. 11. Juni 1611 sub No. 24 (ebend. S. 228).

92) Dies erkennt auch Götze a. a. O. S. 351 sehr bestimmt an, welcher zum richtigen Verständnisse des heutigen, auf der Const. v. 1. Juni 1723 (Mylius Th. II. Abth. 5. S. 121 flg.) beruhenden Rechts eine historische Erörterung mit Recht für unerläßlich erachtet, diese aber zu sehr auf das 17. Jahrh. beschränkt hat, und in Folge dessen, in seiner Grundansicht über die Bedeutung des gemeinen Rechts für die Mark, unsers Erachtens nicht überall zu richtigen Resultaten gelangt ist.

Digitized by Google

rücksichtlich des Leibgedinges oder dotalitii, des Gegenvermächtnisses oder donatio propter nuptias nicht verkennen.

Allgemein gebräuchlich, wie in Sachsen, kam auch in der Mark der Wittwe die ihr durch das Leibgeding und donatio propter nuptias gesicherte Versorgung nur anstatt, nicht neben der portio statutaria zu; Letztere zu wählen, konnte zwar nur selten in ihrem Interesse liegen, weil das Vermögen des Adels meist in Lehnsgütern bestand, welche von der Theilung ausgeschlossen blieben, doch stand es ihr frei; immer aber nur gegen Verzicht auf das Leibgedinge u. s. w., wie umgekehrt dessen Bezug alles Recht auf die portio statutaria entzog [93]). Daß die Wittwe unter Einwerfung ihres Eingebrachten den halben Allodial-Nachlaß habe fordern können, und ihr gleichwohl das dotalitium oder die donatio propter nuptias gebührt habe, wird zwar von Scheplitz behauptet [94]), ist aber als ganz singuläre und irrige Meinung um so gewisser zu betrachten, als spätere gleich gewichtige Autoritäten nur zwischen portio statutaria und dotalitium die Wahl gestatten [95]), und dasselbe Prinzip

---

93) Die Landes-Ordn. v. J. 1573 Art. 2 sagt es ausdrücklich, daß die adlige Wittwe, welche ein Leibgeding erhält, „darüber aus ihres Junkern Gütern, ungeachtet was in unserer Landes-Constitution (d. h. der Joachimica) verordnet, weder die Helfte der Güter noch ihr Ehegeldt, und sonsten nichts mehr zue fordern haben soll", und eben so heißt es in der Landes-Const. v. J. 1594 Th. III. Tit. 10: „Do Frauen von Ritters artt vorhandenn, und dieselben bey ihres Junckern Lebenn nicht albereit beleibgedinget, sollenn sie zuforderst mit einem Leibgedinge nach unten gesetzter unserer Constitution (Tit. 31) versehen werdenn. An denn Erbstücken aber sollenn sie vermuge dieser unser Constitution zum halben teill, so fern solchs in der Ehestiftunge nicht beredt, nicht gelaßen werdenn, besondern sich an ihren Leibgedinge eingebrachtenn Gütern, auch habenden Kleidern und Weiblichen Geschmuck benugen laßenn." Gänzlich stimmt aber damit überein die Neum. H.-u.C.G.O., welche nun statt des Leibgedinges „Erbe zu nehmen" der Frau freistellt. Vgl. auch Neum. C.G.O. v. J. 1700 Cap. 33.

94) Scheplitz l. l, Lib. III. tit. 2. §. 14. No. 1 u. Supplem. ad h. l. p. 573.

95) Müller l. l. Rcs. 87. §. 6. In Marchia successores feudi non tenentur viduae nobili constituere dotalitium juris Saxon., sed alia ei

Digitized by Google

in den Constitutionen über die Erbfolge in die allodificirten Ritterlehen anerkannt wird [96]), ohne daß dies entfernt als Neuerung und Abänderung der bisherigen Observanz bezeichnet würde [97]). Eben so unzweifelhaft ist, daß auch nach Märkischem Recht ein solches Leibgedinge in der Regel der Einwilligung der Lehnsfolger so wenig bedurfte, als der Allodial-Erben, sondern jenen gegenüber eigentlich als principale Lehnsschuld galt; der Consens des Lehnsherrn [98]) war unerläßlich, wenn schon er nicht leicht verweigert wurde, Einwilligung der Lehnsfolger nur nöthig, wenn das Leibgedinge das landesübliche Maaß überstieg, oder zu dem Behufe der Wittwe Besitz und Genuß eines Lehngutes, oder auch nur eines dazu gehörigen Bauernhofes eingeräumt wurde [99]). Erst seitdem

---

datur electio, utrum scil. dotem duplicatam vel cum donatione propter nuptias supra dicta ceterisque illatis repetere, an portionem statutariam, die Helffte der Erbschafft, acceptare velit. — Zwar beruft sich Scheplitz auf Pruckmann l. l. Lib. II. Cons. 1. No. 429, dieser führt aber für diese Ansicht nur ein Responsum, nicht ein Praejudicium des K.G. an, und so kann darauf kein Gewicht gelegt werden; ohne Zweifel hängt sie auch mit der falschen Meinung zusammen, daß die dimidia eigentlich jure condominii der Frau zukomme.

96) Constit. v. 1. Juni 1723 §. 7 u. Constit. für die Neum. Ritterschaft v. 14. Aug. 1724 §. 27 vgl. mit §. 12 flg.

97) So ist Götze a. a. O. S. 352, indem er Scheplitz's Meinung als recipirte ansieht, die Const. aufzufassen geneigt.

98) Sowohl in den Landtags-Rezessen v. J. 1534, 1572 und 1602 (Mylius a. a. O. Th. VI. Ab h. 1. S. 30, 111 u. 163) wonach die Landvögte und Amtleute Namens des Landesherrn „Leibgeding nach anzahl ihres Einbringens der Frauen nach Landes Gewohnheit verwilligen" dürfen, als in der Neum. L.- u. H.G.O. vom J. 1561 geschieht nur des lehnsherrlichen Consenses Erwähnung; auch ertheilte Kurfürst Joachim II. in den Artikeln v. J. 1550 (ebend, S. 59) nur zu Gunsten der Gläubiger, nicht der Agnaten, die Zusicherung, daß er fortan keine ablige Frau „über den Werth ihres Einbringens nach Landesbrauch, sonderlich bey leben des Mannes beleibdingen" werde.

99) Die Landes-Ordn. v. J. 1573 Art. 2 und die Landes-Const. v. J. 1594 a. a. O. Tit. 51 sagen dies ausdrücklich. Dort heißt es,

Digitized by Google

die Verhaftung der Lehnsfolger für die Schulden des verstorbenen Lehnsbesitzers in Zweifel gezogen wurde, scheint jenes Herkommen Anstand gefunden zu haben; doch hat noch der Landtags-Rezeß vom J. 1653, welcher doch für die Zukunft den Consens der Agnaten zu Contrahirung gültiger Lehnsschulden forderte, gleichzeitig im §. 32 anerkannt, daß wenigstens beim Gegenvermächtniß, mehr nur der Obern wegen, eine Bewilligung der Agnaten nöthig, an sich aber ohnehin eine Lehnsschuld begründet sei, wenn nur das landesübliche Maaß nicht überschritten werde [100]), und so wird denn auch in der

nachdem die Art, wie das Leibgedinge zu gewähren sei, näher angegeben worden: „Und dz so hierobenn gemeldett, soll in unserm Lande ein Landtbreuchliches und gebürliches leibgedinge, welches einer vom Adell seiner Hausfrauwen auch ohne seinen Bruder oder negsten Vettern bewilligung vormachen magk. Es sol auch ein solch Leibgeding, es sei in Ehestiftungen beredet oder nicht, in Unser Cantzlei jederzeit confirmiret werden", und nachher: „Wolte aber einer von der Ritterschaft, der nicht sohne hette, seine Hausfraw uber dies auch mit einem Ackerbaw oder andern Lehengütern beleibzuchtigern, der sol solchs mit seiner negsten Agnaten und Lehnvolger bewilligung thuen, und ohne dieselbe sol solche vorleibgedingung nichtig und von Uncreften sein"; in der v. J. 1594 dagegen: „Solche Vermachung" (d. h. in Renten nach Größe des Einbringens) „soll jederzeit gehalten werdenn, die Lehnsfolger bewilligenn darin oder nicht..; höhere Vermachung aber soll ohne Consens des Lehn Herrn und der Lehns Volger kein Krafft habenn, auch darauf nicht erkannt und gesprochen werdenn; Es soll aber denen, welche Ihre Haußfrauen stadtlicher und reichlicher, denn Ihnen Ihres eingebrachtenn Ehegeldes halben gebüret, versorgen wollenn, dasselbe von Ihrer Bahrschafft zu thun hiemit unbenommen sein." Daß aber dies dem Herkommen entsprach, würde schon aus den in der vor. Note angeführten Gesetzen zu folgern sein, wenn es auch nicht ausdrücklich durch Scheplitz l. l. P. 3. tit. 2. §. 12 u. 13, Köppen l. l. Dec. 39. No. 42 und Müller l. l. Res. 84 No. 21 sq. 83 Nr 35 sq. bestätigt würde.

100) „Jedoch muß der Agnatus, wenn etwa zu anrichtung und erbawung eines Lehens etwaß auffgenommen werden müßte, oder es wehren debita feudalia, als etc. . . . contrahiret, seinen Consens zu geben schuldig seyn, oder er könnte auch cum causae cognitione, insonderheit wann die proximiores sich accommodiret, ex officio pro con-

Digitized by Google

mehrerwähnten Constitution vom J. 1723 nicht speciell für das der Wittwe zukommende Gegenvermächtniß, sondern nur für die etwanigen Ehestiftungen der Consens der Agnaten, übrigens nicht aller, sondern bloß der nächsten, erfordert [101]. In Beziehung auf das Gegenvermächtniß, welches mit der dos baar der Wittwe ausgezahlt wird, stand daher bis auf die neueste Zeit der Wittwe ein gesetzliches Anrecht zur Seite, welches allein davon bedingt ist, daß sie eine dos wirklich dem Manne inferirt hat. Nur in Betreff des eigentlichen Leibgedinges, wo sie nur je nach dem Betrage des Eingebrachten und der Widerlage lebenslängliche Renten aus den Gütern des Mannes bezieht, wich in neuerer Zeit das Curmärkische Recht von dem Sächsischen ab, indem es dazu eines Vertrags bei Lebzeiten des Mannes bedarf, nicht der Frau ein gesetzliches Anrecht, wie in Sachsen, darauf zusteht, in Folge dessen nachträglich noch gegen Einzahlung einer dos von den Lehnsfolgern ein dotalitium beansprucht werden kann, und indem (mit Ausnahme nur der Neumark, wo ex pacto die Lehnsfolger ohne weiteres so weit verpflichtet sind, als das landesübliche Maaß des dotalitii innegehalten wird [102]), jener Vertrag selbst der Zustimmung der nächsten Agnaten bedarf. Diesem Grundsatze folgen auch schon die Märkischen Practiker des 17. Jahrhunderts, nur mit der Maaßgabe, daß sie,

---

sentiente per sententiam declariret werden; Und dieses ist auch von den Ehestifftungen zu verstehen, wann dos realiter inferiret, und die Gegen-Vermachung dem Landesgebrauch gemees, und nicht zu verschmählerung der Lehen angesehen etc. (Mylius a. a. O. Th. VI. Abth. 1. S. 441.)

101) Const. v. 1. Juni 1723 §. 7.

102) Const. v. 14. Aug. 1724 §. 28: Kann eine Wittibe das Dotalitium nicht praetendiren und wehlen, es sey dann, daß der Maritus ihr solches in pactis dotalibus constituiret habe. Wann nun aber dieses constituiret ist; So muß alsdann der Successor, wann er auch gleich in die Ehe Stifftung nicht consentiret hat, fals das Dotalitium dieser Constitution gemäß, die Wittibe damit versehen" vgl. mit dem in der vor. Note angeführten §. 7, welcher des Dotalitii gar nicht speciell erwähnt, sondern nur bemerkt, daß „es bey denen pactis wann dieselbe mit der nechsten Agnaten Consens bestätiget, sein Verbleiben hat", sonst der Wittwe nur entweder portio statutaria, oder dos illata cum augmento dotis zukomme.

Digitized by Google

in Ermangelung von Ehestiftungen, es wenigstens in das Ermessen der Erben stellen, ob diese, statt der Wittwe das Eingebrachte mit der Widerlage auszuzahlen, lieber ihr die üblichen Leibgedings-Renten gewähren wollen [103]). Doch scheint es allerdings, als habe ursprünglich auch in der Mark die Wittwe ohne desfallsige Abrede in den Ehepacten von den Erben des Mannes nach Maßgabe ihres Einbringens ein Leibgeding fordern können; die Projecte des 16. Jahrh. sprechen dies direct aus [104]), und für deren Conformität mit der damaligen Observanz spricht sowohl das von den späteren Rechtslehrern den Erben zugestandene Wahlrecht, welches kaum anders, denn als Ueberrest einer früher angenommenen directen Verpflichtung der Lehnsfolger zu erklären sein dürfte, als insbesondere die Neumärk. Hof- und Cammer-Gerichts-Ordnung vom J. 1561, welche nur den lehnsherrlichen Consens kennt, und diesen in keiner Weise beschränkt [105]), auch nur für den Fall eines Leibgedings-Brie-

103) Vgl. Scheplitz l. l. P. 3. tit. 2. §. 12 u. 13, Pruckmann l. l. Lib. II. cons. 1 §. 438 sq. und Müller l. l. Res. 83 No. 18. Unbestimmter drückt sich Köppen l. l. Dec. 54 No. 89 aus und scheint mehr einem gesetzlichen Recht der Wittwe geneigt, indem er an die Erklärung, es müßten die Töchter des verstorbenen Besitzers aus dem Lehn ausgestattet werden, die Bemerkung knüpft: Idem amplius recte statuitur de dotalitio . . . *Ad exemplum Juris Saxonici* in Marchia et multis aliis locis longa consuetudine invaluit, ut *dotalitia* viduis per successores feudorum *constituantur*, et valeant ea ipsa sub certo nodo et cum consensu domini.

104) Die Landes-Ordn. v. J. 1573 erklärt nicht bloß den Mann „wan ehr sich solchs gleich in der Ehestifftung nicht vorpflichtet hett, schuldigk, seine Hausfraw in und bey Ausgebung des zuegesagten Ehegeldes kegen deroselben zu vorleibdingen", sondern fügt auch den Vorschriften über Art und Größe des Leibgedings die Bestimmung hinzu: „Und wan einer vom Adel stirbet, der sein Weib bei seinen Leben also nicht beleibzüchtigt, so wollen wir, wan sie, was sie ihren verstorbenen Junkern an Ehegelde zugebracht, bescheinigt, dieselbe als den Landsfürst also beleihen lassen", ohne irgend auf ein Widerspruchsrecht der Lehnfolger für solchen Fall hinzudeuten. In gleicher Weise äußert sich die Landes-Constitut. v. J. 1594.

105) „Würde aber einer oder mehr" heißt es hier u. a., „seiner Frawen bey seinem Leben kein Leibgedinge machen undt dessen von Uns



Digitized by Google

ses Erwähnung thut, daß die Art, wie das Leibgeding der Regel nach gewährt wird, Modificationen unterliegen, namentlich der Wittwe ein Hof zur Natural-Benutzung überlassen werden soll. Gleich dem Sächsischen bestand ferner das Märkische Leibgeding der adligen Wittwe ursprünglich der Regel nach in einer lebenslänglichen Rente, welche sich nach dem Betrage des Ehegeldes richtete, bei welcher aber auch das der Wittwe aus dem Vermögen des Mannes ausgesetzte oder gesetzlich zu gewährende Gegenvermächtniß oder Widerlegungsgeld (donatio propter nuptias, compensatio antipherna) in Anschlag kam, und wie man hierbei für Berechnung der Rente den altüblichen Zinsfuß von 10% als Maaßstab festgehalten [106]), so war nicht minder anerkannt, daß gegen Bezug die-

---

keine bestettigung auf die Lehengüther suchen und verlangen, So soll die Fraw nicht auß dem Lehngueth, sondern von dem Erbe so weidt daß vorhanden, außgestatet werden, Sintemahle keinem sein Lehnguth ohne bewilligung seines Lehnherrn zu beschweren gebühret". — In dem Neum. Landt.-Absch. v. J. 1611 (Mylius Th. VI. Abth. 1. S. 224) geschieht dagegen allerdings „der Brüder oder nechsten Vettern beliebung" bei dem Leibgedinge Erwähnung, offenbar aber nur in dem Sinne, daß diese den mangelnden lehnsherrlichen Consens nicht ersetzen könne.

106) Die Landes-Ordn. v. J. 1573 bezeichnet als landbräuchliches Leibgedinge: daß die Frau, „wann ehr sie in ihrenn Jungfrawen Stande genhommen, vor ein jeden hundert gulden eingebrachtes Ehegeldes zwantzig gulden gewisses Jehrliches einkommens habe", und eben so heißt es in der Landes-Const. v. J. 1594: „Weill die von Adell schuldigk Ihre Frauen zu verleibdingen, Als soll es den alten Gebrauch nach damit also gehalten werden auf jedene 100 Fl. sollenn jährliche nutzung 20 Fl. .... angeschlagenn werden." Im Wesentlichen stimmt hiermit auch, wie sich zeigen wird, die Neum. Hof- u. C.G.O. überein, und wie Müller l. l. Res. 84. No. 9 u. 10 daß es in Zinsen von duplo dotis bestehe, anerkennt, so wird von Kohl Exerc. legal. Ex. 2. No. 59 ausdrücklich bemerkt, daß von dos und donatio propter nuptias, welche eben so viel betrage, 10% Zinsen gebührten. Insbesondere aber äußert nicht bloß Scheplitz l. l. §. 16 sich ganz in Uebereinstimmung mit den obigen Landes-Ordnungen, sondern theilt auch in Suppl. ad h. l. p. 575 zwei Cameral-Urtheile vom

Digitized by Google

ser Rente das Recht auf Rückzahlung des Eingebrachten und Auszahlung der Widerlage verloren gehe [107]), daß aber auch der Wittwe unbenommen bleibe, auf die Rente zu verzichten und baare Zahlung der dos und contrados zu verlangen [108]). Im Einzelnen hat dabei zwar zwischen den einzelnen Theilen der Mark eine Verschiedenheit stattgefunden, und andererseits sind durch Mißverständniß und irrige Anwendung gemeinrechtlicher Grundsätze im Laufe der Zeit Modificationen geringerer und größerer Erheblichkeit eingetreten. Denn so wurde in der Neumark, wo sich die eigentliche Leibgedingsrente gesetzlich bestätigt bis auf die neueste Zeit als Regel erhalten hat, nur dann das alterum tantum dem Eingebrachten zugerechnet, wenn das Leibgeding in Zinsen gewährt wurde; bei Rückforderung aber der dos wurde immer nur deren Hälfte als antidos, oder wie es hier genannt wird, als Besserung (augmentum dotis) angenommen,

---

J. 1606 u. 1627 mit, welche in judicio contradictorio die Rechtmäßigkeit des Zinsfußes von 10% bestätigt hätten, was um so wichtiger ist, als Müller l. l. nur von usurae legitimae spricht.

107) Die Landes-Ordnungen scheinen dies als sich von selbst verstehend vorauszusetzen, und eben so die Neum. Hof- u. C.G.O., während die Neum. Const. v. J. 1724 es ausdrücklich im §. 22 festzusetzen für dienlich erachtet hat. Entschieden erkennen dies auch Scheplitz §. 16 cit. No. 5, und Müller l. l. Res. 88, No. 4 sq. u. Res. 89. No. 1 sq., jener aus allgemeinen Gründen der Billigkeit und Angemessenheit, dieser unter Bezugnahme auf Präjudicien des Kammer-Gerichts an.

108) Mit Scheplitz l. l. §. 24. qu. 3. No. 7 u. 8, Pruckmann l. l. Lib. I. Cons. 47. No. 127 und Müller l. l. Res. 87 stimmen wieder die Landes-Ordn. überein, wo es in der v. J. 1594 heißt: „Also soll auch dehnen von der Ritterschafft verlassenen Wittwen freystehen, anstadt ihres Leibgedings nebenn der Wohnung und anderm so hiernebenn benandt, Ihr ehegeldt mit einem gleich so hoch Wiederlegungs Gelde von Lehns Vollgern zu fordern, In welchem fall sie das Ehegeltt auch auf Jre negste freunde vererbenn. Aber das Wiederlegungs Gellt und Wohnung soll wieder zuruck ins ehnGutt fallenn, die Part hetten sich dann selbst eines andern vergliechen.", und die v. J. 1572 dies nur auf den Fall zu beschränken scheint, „wan sie (die Wittwen) bey Leben ihrer Junckern nicht auf Güter verleibgedinget sein."



Digitized by Google

diese jedoch gleich der dos volles Eigenthum der Frau, und als eine dritte Art der Verleibdingung kam hier vor, daß die Wittwe von der Hälfte der dos Zinsen mit 20% Zeitlebens, die andere Hälfte aber mit einer Besserung von 1/2 baar ausgezahlt erhielt [109]). In den übrigen Theilen der Mark dagegen scheint theils früher der Grundsatz gegolten zu haben, daß der Wittwe nur dann, wenn sie bei Schließung der Ehe noch jungfräulichen Standes gewesen war, eine Widerlage oder Besserung gebühre, diese aber gänzlich cessire, wenn die Frau bereits verheirathet gewesen war [110]); was sich da-

---

109) In der Hof- u. Kammer-Ger.-Ordn. v. J. 1561 und der vom J. 1700 wird für die Neumark und den Sternberger Kreis (denn im CM. bei Crossen u. s. w. blieb es auch in dieser Beziehung bei dem Sächsischen Rechte) bestimmt: „... waß eine Fraue an Ehegelde eingebracht hat, soll ihr noch halb so viel, welches Besserung genand wirdt, vorleibgedinget werden, damit sie nach ihres mannes tode zue thuen undt zue lassen macht Haben soll; oder Jeden 100, so sie einbracht, deß Jahres die zeit ihres Lebens mit 20 fl. vorzinset werden, wie sonsten Leibgedings recht und gewohnheit ist; Oder aber mann soll der frawen ihre Leibguth, so viel sie einbracht, die Helffte jedes 100 mit 20 fl. vorzinssen, und die andere Helffte noch Halb Besserung machen, damit sie thuen und lassen möge, das sie also Halb Leibgedinge, Halb Besserung habe", was dann an einem Beispiele dahin näher erklärt wird, daß eine Frau, welche 200 fl. eingebracht, im ersteren Falle 300 fl. baar erhalte, im andern 40 fl. jährlichen Zins, im dritten 150 fl. baar und 20 fl. jährliche Rente; wobei das Recht mit den baaren Summen „zu thun und zu lassen" ausdrücklich wieder hervorgehoben wird. — Wem zwischen diesen drei Arten die Wahl zustehe, ist nicht gesagt, dagegen in der Const. vom 14. August 1724, welche im übrigen denselben Grundsätzen folgt, namentlich das augmentum dotis im §. 15 als freies Eigenthum der Wittwe anerkennt, im §. 19 u. 23 dahin geordnet worden, daß zwischen den zweiten und dritten der Mann bei Abschluße der für das eigentliche dotalitium seitdem unerläßlichen Ehestiftung die Wahl habe, die Wittwe aber immer auf Herausgabe der illata cum augmento bestehen könne.

110) Im Gegensatze des Falles, daß Jemand eine Jungfrau heirathet (s. oben Note 106) heißt es in der Landes-Ordn. v. J. 1573:

Digitized by Google

her schreiben dürfte, daß die Widerlage, wie schon die Bezeichnung mit donatio propter nuptias andeutet, zugleich gewissermaßen die Stelle der, in Sachsen gesetzlichen, Morgengabe vertrat [111]), vielleicht aber auch darin seinen Grund hat, daß das Leibgeding aus der ersten Ehe auch nach der Wiederverheirathung auf Lebenszeit verblieb [112]). Anderntheils ist es hier bräuchlich gewesen, daß die Rente von 20% des Eingebrachten nur theilweise in Gelde, theilweise in Getreide zu herkömmlich feststehendem Werthe gezahlt wurde, nach den Projecten der Landes-Ordnung je zur Hälfte in der einen und andern Art, nach Scheplitz in der Weise, daß auf jede 20 Thaler 6 Thaler an Gelde, und je ein Wispel Roggen, Gerste und Hafer im Werthe zu 6, 5 und 3 Thlr. gerechnet wurden [113]). Seitdem aber nur noch auf Grund und nach Maaßgabe

---

„Freyet aber einer vom Adel eine Witwe, so sol ihr kegen dehme, was sie ihme zue Ehegelde zuebringt, auff jedes hundert eingebrachtes Ehegeldes nicht mehr den zehen Guldenn gewisses jehrliches Einkommens . . . vormacht werden", und eben so in der v. J. 1594: „Do aber die Frau zuvor einen Mann gehabt, und von denselbigen mit einem Leibgedinge versehen oder an des stadt sonsten abgefunden, so sollen deroselbenn von einem hundert 10 fl. nuzunge . . . vermacht werden." Die Märkischen Schriftsteller erwähnen dieses Unterschiedes m. W. nicht, und so wäre es freilich auch möglich, daß die Projecte in dieser Hinsicht eine Neuerung beabsichtigt hätten.

111) Daß in der Neumark, wo sich die Morgengabe als gesetzliches Recht bis auf die neueste Zeit erhalten hat (Const. v. 14. August 1724. §. 16) dürfte dafür noch sprechen. Uebrigens wird bei den Märkischen Rechtslehrern die Morgengabe nur bei Scheplitz l. l. §. 14 und zwar so erwähnt, daß sie bräuchlich sei, aber besondere Zusage erfordere.

112) Darauf weiset die Landes-Const. v. J. 1594 „und von denselbigen u. s. w." hin.

113) Scheplitz l. I. §. 6, welcher dies namentlich als Landes-Gebrauch der Mittelmark bezeichnet, als Gegensatz dieser Art von Leibgeding aber nur dies namhaft macht: „daß dem Weibe noch so viel, wie sie eingebracht, herausgegeben wird, doch daß die Uebermaß nach Absterben des Weibes wieder ins Lehen oder Erbe falle." — Die Landes-Ordn. berechnen Roggen und Hafer zu demselben Preise, Gerste aber gleich ersterem; nur kennen sie nicht

Digitized by Google

ausdrücklicher Abrede in den Ehestiftungen ein wirkliches Leibgedinge in Renten anerkannt wurde, scheint nicht bloß dieser Gebrauch abgekommen zu sein, wie er denn von den späteren Schriftstellern nirgends m. W. erwähnt wird, — sondern es hat sich auch in Folge dessen das Märkische Recht dahin geändert, daß, während früher der Wittwe nur frei stand, ob sie statt der Renten die dos cum antidote verlangen wollte, ihr nunmehr ein anderes Recht, abgesehen von ausdrücklichen, im Ganzen seltenen Stipulationen, überall nicht mehr zukam, als auf Rückzahlung des Eingebrachten mit der herkömmlichen Besserung zu fordern oder unter Verzicht auf die letztere und Einwerfung der dos statutarische Erbin des Mannes zu werden. Darauf beschränkt, in Ermangelung constatirter pacta dotalia, die Successions-Ordnung vom 1. Juni 1723 §. 7 die Rechte der adligen Wittwe [114]), zugleich aber auch das augmentum dotis oder gesetzliche Gegenvermächtniß auf den halben Betrag der dos, während es sonst, und noch bei Müller [115]), also bis zum letzten Drittel des 17. Jahrhunderts, immer das alterum tantum betragen hatte; eine Aenderung, die um so wichtiger war, als früher das Gegenvermächtniß in das Lehn zurückfiel, nach neuerem Rechte Eigenthum der Frau, wie in der Neumark, werden sollte, die aber doch in so fern wieder mit dem älteren Rechte zusammenhängen dürfte, als nach dieser, wie es scheint, der Frau die Wahl frei stand, die Widerlage vollaus, aber unter Bedingung des Rückfalls anzunehmen, oder nur zur Hälfte, jedoch zu völlig freier Disposition, zu fordern [116]). Indessen aller diesen Verschiedenheiten ungeachtet,

ein bestimmtes quantum, welches je auf jedes 100 der dos gewährt und resp. angenommen werden müsse.

114) Vgl. Scholtz a. a. O. Th. 1. S. 348 flg. und Götze a. a. O. Th. 1. S. 352 flg.

115) Müller l. l. Res. 84. No. 28 und Scheplitz l. l. §. 16 vgl. mit den Note 108 angef. Stellen der Landes-Ordnungen.

116) In unmittelbarer Folge der Note 110 allegirten Stelle heißt es in dem Projecte v. J. 1594: „Doch soll auch den Frauen offen stehen, nach Tode Ihres Junckern die Vermechnus anzunehmen, oder anstadt derselbenn Ir eingebrachtes Geltt, und noch halb soviell als sie zu Ehe eingebracht, samt ihren Kleidern und Geschmuck, damit zu thun und zu lassenn, von den Lehns-Vollgern zu fordern." Die Landes-Ordn. v. J. 1573 erwähnt

Digitized by Google

welche zwischen älterem und neuerem Rechte, zwischen den einzelnen Theilen der Mark obwalteteten, läßt sich doch Uebereinstimmung in den leitenden Prinzipien eben so wenig als ein Zusammenhang des Sächsischen und Märkischen Rechts verkennen, deren gemeinschaftliche Wurzel nur in dem Rechtszustande gefunden werden kann, welcher sich auf Grund der alten Rechtsbücher noch vor der förmlichen Reception des Römischen Rechts gebildet hatte, aber freilich durch dieses in der Mark mehr Aenderungen erlitt, als in Sachsen; in der Kur- und Altmark mehr, als in der Neumark. Zugleich hat sich aber auch in dem der Märkischen Wittwe observanzmäßig gebührenden Voraus ihrer Kleider und Schmucksachen, in deren Anspruch auf Trauerkleider und auf Kutsche und Pferde, in der ihr zu gewährenden Wohnung [117]) wenigstens ein Analogon der sonstigen Vorrechte der Sächsischen adligen Wittwe lange Zeit erhalten, und so treten nach allen Seiten hin in den Güterverhältnissen der Ehegatten Deutsche Rechtsansichten und Rechts-Institute hervor, welche zu verdrängen die dem Römischen Rechte zugewandte Doctrin zwar versucht, jedoch nur theilweise vermocht hat.

Weiter diesen Nachweis germanischer Elemente im Märkischen Rechte zu verfolgen, erscheint überflüssig. Nur dies sei noch kürzlich erwähnt, wie die cura sexus nicht etwa bloß in dem Projecte vom Jahre 1594 als von Alters her gebräuchlich bezeichnet wird [118]),

---

davon nichts, eben so wenig m. W. einer der Märkischen Juristen, und so will ich dahingestellt lassen, ob nicht vielleicht die antidos so häufig durch Eheverträge oder Uebereinkunft mit den Erben des Mannes auf die Hälfte beschränkt worden sei, daß sich daraus eine, später in die Const. v. J. 1723 übergegangene abweichende Observanz bildete.

117) Bei den Märkischen Practikern des 17. Jahrh. und in der Const. v. J. 1721 wird zwar in Betreff dieser Vortheile eine besondere Stipulation im Ehevertrage als unerläßlich vorausgesetzt (vgl. Scholtz a. a. O. S. 360 flg., Götze a. a. O. S. 363 flg.). Allein nach Analogie der bisher erörterten Verhältnisse und der Neum. Const. v. J. 1724. §. 16 u. 17 würde es kaum bezweifelt werden können, daß früher ex observantia ein Recht darauf der Wittwe zukam, wenn auch nicht die Projecte der Landes-Ordnung dafür sprächen.

118) Landes-Const. v. J. 1594. Th. II. Tit. 17.

Digitized by Google

sondern auch noch zu Anfang des 17. Jahrhunderts, obschon nicht mehr unbedingt, von Gerichtswegen für alle gerichtliche Verhandlungen der Freien anerkannt worden ist[119]), wie die Streitfrage, ob und in welcher Weise die Extinctiv-Verjährung auf Zinsen und Rechte anwendbar sei, in jenem Projecte[120]) und in der Praxis der Mark ganz eben so, wie es in den Sächsischen Constitutionen vom Jahre 1572 entschieden worden ist, und zwar dort gerade, weil es „auch in den benachtbarten örtern so geordnet und gesprochen worden", wie ferner für den Fall einer unverschuldeten und straflosen Tödtung den Blutsfreunden des Getödteten das Recht auf Zahlung des Wehrgeldes bis ins 17. Jahrh. und zwar unter dem Namen: „Shun- oder Manngeld" geblieben ist, obschon bloß als Entschädigungs-Anspruch, und mit der ganz sachgemäßen Modification, daß, abweichend von der Sächsischen Legislation und Praxis, nicht den Schwerdtmagen allein, sondern auch der Wittwe und den Cognaten je nach der Nähe der Verwandtschaft dieser Anspruch zukommen sollte[121]) u. s. w. Für unsere, auf eine Rechtsgeschichte der Mark Brandenburg keineswegs gerichtete Zwecke werden die hier versuchten Andeutungen genügen; und was Scheplitz in Betreff des ehemännlichen Nießbrauchsrechts äußert[122]), darf mau kaum Bedenken tragen, in fast unbedingter Allgemeinheit zu behaupten: Jus Saxonicum quodammodo de facto apud nos (in Marchia) observari palam est.

## §. 7.

So ist unseres Erachtens, um die bisherige Ausführung ihrem Resultate nach zusammenzufassen, der directe Beweis als mißlungen

---

119) Pruckmann l. l. Lib. I. Cons. 48. No. 191 und Scheplitz l. l. Lib. I. P. 3. Tit. 2. §. 6 u. §. 24 vgl. mit Suppl. p. 570 u. 580, u. Lib. II. tit. 176.

120) Landes-Const. v. J. 1594. Th. I. Tit. 24.

121) Vgl. Landes-Ordn. v. J. 1572. Tit. 48 mit Scheplitz l. l. P. 4. tit. 18 und Köppen l. l. Dec. 10. — S. auch Weiske Abh. aus dem Gebiete des teutschen Rechts. No. 6 und Allg. Litt. Zeit. v. 1831. Erg. Bl. No. 118. S. 941 — 44.

122) Scheplitz l. l. P. 3. tit. 2. §. 1. No. 2.

Digitized by Google

zu erachten, welchen man für die ausschließliche und allgemeine Reception des Römischen, für die totale Derogation der althergebrachten Rechtsgewohnheiten führen zu können vermeint hat; Beides widerspricht zugleich eben so bestimmt der Natur der Sache und der Rechtsentwickelung in allen andern Deutschen Territorien, als dem erweislichen Rechtszustande der Mark im 16. wie 17. Jahrh., und weder läßt sich das eigenthümliche Provincialrecht derselben als eine neue Rechtsbildung betrachten, noch behaupten, daß nur, so weit wohlerworbene Rechte in früherer Zeit bereits entstanden waren, der althergebrachte Rechtszustand sich erhalten habe. Nicht einmal in Betreff der Erbfolge hat die Landesgesetzgebung dem bisherigen Rechte unbedingt die Römischen Bestimmungen substituirt; für alle übrigen Lebensverhältnisse dagegen haben zwar mit dem Beginn des 16. Jahrhunderts die alten Sächsischen Rechtsbücher, außer in einem kleinen Theile der Neumark, in doctrineller Hinsicht wie für die Rechtspflege alle Autorität verloren, aber in der Landesgewohnheit und in dem statutarischen Rechte erhielt sich in bedeutendem Umfange Sächsisches, d. h. Deutsches Recht, und gewann nach einzelnen Seiten hin sogar gesetzliche Bestätigung; das Römische Recht sollte von Anfang an nichts anderes sein, und ist viele Decennien hindurch nichts anderes gewesen, als gemeine subsidiäre Quelle des Rechts.

Leugnen wollen wir indessen nicht, daß mit der Vorliebe für Römisches Recht, welche durchgängig jener Zeit eigenthümlich ist, in der Mark sich schon früh die irrige Ansicht verbunden habe, es sei hier förmlich als alleinige Norm recipirt, und durch freiwilligen Verzicht der Stände auf alle und jede hergebrachte Gewohnheit gleichsam zum besonderen Landesrecht geworden. Ob die Stände selbst unbedingt sich dieser Ansicht angeschlossen und durchgängig das Römische Recht als die alleinige Norm betrachtet haben, scheint uns zwar sehr bedenklich; viele ihrer eigenen Gerechtsame, namentlich der Ritterschaft, konnten ja nur auf Herkommen und Deutsche Rechtsgrundsätze gestützt werden. Aber berufen haben sie sich darauf schon am Ende des 16. Jahrhunderts, nur sei die projectirte neue Landes-Ordnung, welche ihrer Berathung unterlag, einzelne Aenderungen, namentlich bei solchen Verhältnissen zu motiviren, wo, wie z. B. bei der Lehnfolge, unbedingte und ausschließliche Anwendung des gemeinen Rechts Vortheile zu sichern schien, die bisherige

Digitized by Google

Rechtsgewohnheit nachtheilig oder doch lästig war[123]). In den späteren Landes-Verordnungen findet sich eben so wenig eine directe Approbation so unbedingter Geltung des Römischen Rechts, vielmehr, wie häufig auch darauf verwiesen wird, lassen sie entweder Ort und Umfang seiner Rechtskraft unerörtert, oder bezeichnen es ausdrücklich nur als Subsidiar-Recht[124]). Nicht selten kommen auch noch bei den Märkischen Praktikern, namentlich bei Köppen, Verweisungen auf die alten Sächsischen Rechtsbücher vor, so daß diese, wie überhaupt in der gemeinrechtlichen Literatur jener Zeit, doch noch gewissermaßen doctrinelle Autorität hatten, wie überwiegend auch, insbesondere bei Müller, der Gebrauch der Präjudicien wurde. Allein mehr und mehr gewann jene irrige Ansicht in der Praxis die Herrschaft; so unumwunden erkannten trotz der Macht, welche auch über diese das Herkommen und das im Leben unmittelbar sich kundgebende Bedürfniß übten, die angesehensten Juristen des Landes, welche für die Rechtspflege als entscheidende Autoritäten galten, eine unbedingte Gültigkeit des Römischen Rechts an, daß sie kaum dieselbe zu rechtfertigen für nöthig erachteten[125]), und so mußten

123) Sehr zu bedauern ist, daß Götze a. a. O. S. 10 über die wider die mehrerwähnten Landes-Ordnungen aufgestellten Monita der Stände, welche durchgängig auf Römisches Recht gegründet worden waren, Näheres nicht mitgetheilt hat, sondern sich auf die Bemerkung beschränkt, es sei der Einwand, man wolle das abgeschaffte Sachsenrecht wieder einführen, nicht bloß beim Erbrechte, sondern z. B. auch im Gesinderecht, in der Lehre von der cura sexus, im Lehnrecht erhoben worden.

124) Mit der oben Note 37 u. 38 alleg. Verordn. vgl. die Landt.-Rez. v. J. 1611. No. 18 (Mylius Th. VI. Abth. 1. S. 223), Decl. v. 13. Juni 1654 (ebend. S. 415), das Proj. der K.G.O. v. J. 1643. Th. 2. Tit. 33. §. 1 (ebend. Abth. 3. S. 207), Publ. Pat. der Landes-Const. v. J. 1594 (ebend. S. 55).

125) Wie Scheplitz (s. oben Note 13) diesen Satz gleichsam an die Spitze aller seiner Erörterungen über privatrechtliche Gegenstände stellt, und dabei die Eingangs erörterten Const. und Rezesse einfach zu allegiren für genügend erachtet, setzen die übrigen Märkischen Schriftsteller die absolute Geltung des Römischen Rechts als sich von selbst verstehend voraus und gründen darauf ohne weiteres ihre gesammte Argumentation: Kohl in der Dedication seiner

Digitized by Google

freilich in noch höherem Maaße, als es in andern Deutschen Territorien der Fall gewesen, das von Alters her überlieferte einheimische Recht theils in Mißachtung und Vergessenheit fallen, theils romanisirt werden. Beweise dafür haben wir oben bereits für einzelne Verhältnisse geliefert, bei welchen man durch Deutelungen der verschiedensten Art und durch falsche Analogieen das Herkommen bald zu umgehen versuchte, bald direct verletzte; es bedarf aber auch nur einer flüchtigen Ansicht jener Schriften über Märkisches Recht, um die volle Ueberzeugung zu gewinnen, daß mehr und mehr die Römische Rechtstheorie das Uebergewicht erhielt und dem althergebrachten Recht die Gestalt von zerstreuten zusammenhangslosen Fragmenten blieb.

Abhülfe gegen so verkehrte und mißbräuchliche Anwendung des Römischen Rechts hätte auch hier durch die Gesetzgebung gewonnen werden können, wenn sie, so viel von Deutschen Instituten und Rechtssätzen sich im Leben und täglichen Verkehr erhalten hatte, durch urkundliche Sanction gegen die Angriffe einer falschen Doctrin geschützt und den Umfang wie Art und Weise der dem Römischen Rechte gebührenden Autorität näher bestimmt hätte. Eine solche conservative declaratorische Legislation war hier sogar um so dringenderes Bedürfniß, als anscheinend die Landes-Gesetzgebung selbst zur Rechtfertigung der unter den Juristen des Landes herrschenden Theorie diente, welche nicht etwa bloß den Vorzug vor dem fremden Rechte, wie die Reichs-Kammergerichts-Ordnung v. J. 1594, auf die „redlichen, erbarn und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewonheyten" beschränkt wissen wollte, sondern „alle Constitution, Ordnung, Privilegia, Ubung und langhergebrachten Gebreuche . . . welcherley Gestalt die biß anhero . . . gehalten, gänzlich und gar auffgehoben und abgethan" zu erachten geneigt war. Verkannt hat auch die Landesherrschaft die Räthlichkeit und Nothwendigkeit einer solchen Gesetzgebung keineswegs, vielmehr schon bald nach der Mitte des 16. Jahrhunderts die Abfassung eines Landrechts in Aussicht genommen, und durch wiederholte Vorlegung von Entwürfen diesen

Exercitationes legales an den Kurf. Joachim Friedrich rühmt vor allem dessen Bestreben, ut in dirimendis controversiis ea teneatur judicandi ratio, *quae rectae veraeque juris rationi Romanisque legibus omni modo conveniat*.

Digitized by Google

Plan zur wirklichen Ausführung zu bringen gesucht. Bewußt oder unbewußt, ließ sie sich dabei von eben so richtiger Ansicht über die der Landesgesetzgebung gestellte Aufgabe, als über die Bedeutung des Römischen Rechts leiten; nur auf eine Landes-Ordnung im Sinne jener Zeit, d. h. auf officielle Feststellung des Landesherkommens, und auf Erledigung erheblicher Controversen, in welchen dessen Widerstreit mit der Römischrechtlichen Theorie sich besonders nachtheilig für Rechtsverkehr und Rechtspflege erwiesen hatte, war das Absehen gestellt. Allein jene falsche Meinung von unbedingter Geltung des Römischen Rechts hatte schon damals ein solches Uebergewicht gewonnen, daß sie wenigstens zur Beschönigung des Widerspruchs und der Bedenklichkeiten aller Art dienen konnte, auf welche jener Plan bei den Ständen stieß, in deren Mitte andrer Orten damals ein solches Unternehmen Anregung und eifrigste Unterstützung fand. Ohne zum Ziele gelangt zu sein, verfloß das 16. Jahrhundert; mit dem Beginne aber des neuen ward die Thätigkeit der Regierung erst der inneren Landes-Verwaltung in solchem Maaße durch die allgemeinen politischen Angelegenheiten abgewendet, dann in der Unglückszeit des Religionskrieges dergestalt gehemmt, daß für längere Zeit jenes Project fast ganz in Vergessenheit gerieth. Unter der kräftigen Regierung des großen Kurfürsten wurde es zwar wieder aufgenommen, kam aber damals eben so wenig als unter dessen nächsten Nachfolgern zu wirklicher Ausführung; allmählig gewann auch jener Plan eine wesentlich verschiedene Richtung und den Charakter einer umfassenden Rechtsreform, welche weniger das besondere Herkommen der Mark als das gemeine Recht betreffen sollte, und in dem Maaße, als die Aufgabe nun schwieriger und umfangsreicher, um so leichter bloßes Project blieb, bis endlich, über zwei Jahrhunderte später, König Friedrich der Gr. vollendete, was seine Vorfahren, freilich in ganz anderer Art und Gestalt, begonnen und vorbereitet hatten.

## §. 8.

Versuchen wir nun, durch nähere Darlegung des Ganges, welchen diese legislativen Projecte genommen, die bisherigen Erörterungen abzuschließen, und zugleich die Zeit der ersten Reception des Römischen Rechts mit dessen definitiver Umarbeitung im Allg.

Digitized by Google

Landrecht zu verknüpfen, so liegen, wie überhaupt in der Verfassungs- und inneren Rechtsgeschichte Preußens nur wenig bisher geschehen ist, die ersten Anfänge jener Angelegenheit nicht minder im Dunkel, als deren weiterer Fortgang.

Dem Kurfürsten Johann Georg (1571—1598) gebührt der Ruhm, dieser Seite der inneren Landes-Verwaltung seine landesfürstliche Fürsorge zugewendet zu haben; wenigstens findet sich m. W. keine Spur, daß schon seine Vorgänger, Kurfürst Joachim II. und Markgraf Johann, Besitzer der Neumark, mit dem Plane umgegangen wären, ein Landrecht verabfassen zu lassen. Ob aber aus eigenem Antriebe er diesen Entschluß gefaßt hat, um in ähnlicher Weise, wie gleich nach Antritt seiner Regierung die kirchliche Verfassung, so auch die Rechtspflege seiner Lande zu ordnen, oder ob der erste Anstoß von den Ständen ausgegangen ist, ob endlich vielleicht nur das Bedürfniß einer Revision der Kammergerichts-Ordnung dazu geführt hat, auch das materielle Recht in den Kreis der legislativen Thätigkeit zu ziehen, muß dahin gestellt bleiben. Für letzteres spricht, daß die Entwürfe des neuen Landrechts zugleich auf den Prozeß sich beziehen; auf eine Anregung von Seiten der Stände dagegen scheint eine Stelle des auf dem Landtage vom J. 1572 den Grafen, Prälaten und der Ritterschaft ausgestellten Special-Reverses hinzuweisen[126]. Nicht minder zweifelhaft ist Urheber, Zeitpunkt und gegenseitiges Verhältniß der doppelten Recension jenes Landes-Rechts, welche sich, bei mancherlei Abweichungen in der Anordnung, in den erhaltenen Handschriften[127] unterscheiden läßt.

126) Mylius Th. VI. Abth. 1. S. 116. Auf die ihm vorgetragenen Beschwerden der Stände ertheilt der Kurfürst die Versicherung, sie in allem bei dem früheren Reverse erhalten zu wollen, und knüpft daran die Erklärung: „daß Wir auch nicht alleine gnädiglichen zufrieden, sondern mit gnaden zu befördern geneigt wären, daß etzliche vornehme Personen ihres Mittels aus jeder Orth Landes nebst etzlichen von Städten zusammenkämen, die hiebevor in 50 Jahr aufgerichtete und in Druck verfertigte Policey und Justiz Mandaten und andere Ordtnungen, daran der Herrschafft, Landt und Leuthen gelegen, vor handen nehmen, die wieder übersehen und nach Gelegenheit jetziger Zeit und Nothdurfft verendern, auch mit andern nothdürfftigen Articuln vermehren und verbessern."

127) Ueber diese wie überhaupt vgl. Mylius Vorbericht zu dem von

Digitized by Google

Die eine, minder ausführliche und allem Anscheine nach ältere Redaction trennt die Prozeßordnung, aus 17 Titeln bestehend, von dem eigentlichen Landrechte, 51 Titel umfassend, während der andere eine systematische Anordnung in 5 Theilen zu Grunde liegt, von denen der 4te das Criminalrecht, der 5te eine Prozeß- und Gerichts-Ordnung enthält, die drei ersten wesentlich privatrechtlichen Inhalts sind. Die Handschriften der letzteren Recension haben als Vorrede ein förmliches Publications-Patent, obschon ohne Datum, und der Text, wie er viel reichhaltiger ist, hat auch noch mehr Form und Ausdruck eines wirklichen Gesetzes; doch kommt auf der andern Seite jenes Patent auch wieder in der ersten Classe von Handschriften vor, und obwohl zwischen den dieselben Gegenstände betreffenden Artikeln eine gewisse Uebereinstimmung unverkennbar ist, so ist sie doch keineswegs von der Art, daß man die erste Recension bloß als einen Vorentwurf anzusehen berechtigt wäre. Eben so wenig lassen sich die verschiedenen Bezeichnungen: Verbesserte Kammer-Gerichts-Ordnung und Landes-Constitution, Declaration der C.G.O. und L.-Const., Landes-Ordnung, Constitution und Landrecht rc. mit Sicherheit für die eine oder andere Recension vindiciren. Darin nur stimmen beide Abfassungen im Wesentlichen mit einander überein, daß sie, wie überhaupt die Landrechte und Landes-Ordnungen jener Zeit, nicht sowohl eine vollständige Darlegung des gesammten Privatrechts enthalten, als vielmehr einzelne in Praxis und Theorie besonders streitige Fragen entscheiden.

Als Verfasser der kürzeren Recension ist mit mehr als bloßer Wahrscheinlichkeit [128]) der berühmte Lamprecht Diestelmeyer † 1588 zu betrachten, welcher über 30 Jahre als Canzler und erster Kammerrichter an der Spitze der Märkischen Rechtspflege stand. In der ihm auf des Kurfürsten Befehl von dessen Leibarzte Franz Hildesheim gehaltenen Lobrede, welche im J. 1589 im Druck erschien, wird ausdrücklich von Diestelmeyer gerühmt, daß er Constitutionen verfaßt habe, in welchen Recht und Gewohnheit der Mark

---

ihm in C. C. M. Thl. VI. Abthl. 3 gelieferten, bis jetzt einzigen Abdrucke.

128) Scholtz a. a. O. S. 19 u. 22 betrachtet, wie es scheint, diese allgemeine Ausnahme nicht als hinreichend constatirt.

Digitized by Google

zusammengetragen worden [129]); auf Veranlassung des Scheplitz'schen Werkes, welches dem Titel nach auch aus Diestelmeyer'schen Observationen gezogen sein sollte, erklärte Lamprecht's Sohn und Nachfolger im Canzleiamte, Christian Diestelmeyer, in einem besonderen Schriftchen, daß sein Vater zwar keine Observationen, wohl aber einzelne Constitutionen über zweifelhafte Fälle abgefasset habe [130]), und deren Aufzählung, welche er beifügt, stimmt, wenn auch nicht für das eigentliche Landrecht, mit der Reihenfolge, doch durchgängig mit den Rubriken der Titel jener kürzeren Redaction überein [131]); endlich bezeichnet ein drittes fast gleichzeitiges Zeugniß das im Archive noch befindliche Exemplar der älteren Recension, nach welchem der Mylius'sche Abdruck gemacht worden, als von dem Canzler Lamprecht Diestelmeyer herrührend [132]), und so darf wohl die Au-

---

129) Die betreffenden Worte, in Chr. G. Hoffmann's Dissert. über die Joachimica, und hieraus in der Vorrede der Pape'schen Ausgaben von Scheplitz Consuet. S. 18 mitgetheilt, lauten: Paucis ante obitum annis constitutiones Marchiae conscripsit, atque in has jus et consuetudines istarum regionum contulit, vel hoc unico labore de republica promeritus; perfectionem et publicationem operis Illustr. Electori nomothetae nostro commendavit; filio cancellario cum aliis laboribus commisit, quas propediem publici juris futuras speramus, postquam id curat sedulo filius.

130) Nach Mylius a. a. O. S. 4 ging diese Erklärung dahin, daß sein Vater „keine Observationes colligirt, sondern wie fürgewesen, Constitutiones über zweiffelhaffte Fälle ausgehen zu lassen, habe er deren etliche verfasset, aber durch andere impedimenta solche nicht zu gemeiner Berathschlagung, Schluß und Approbation bringen können, jedoch wohl gelitten, daß ehrliche gute Leute solche ad privatos usus abgeschrieben, niemals aber solche publiciret worden."

131) Mylius a. a. O. S. 5.

132) Es liegt nemlich dies Exemplar in einer Registratur v. 7. Mai 1598, wornach dasselbe bei Entsiegelung der Schreibstube des Canzlers Abraham v. Bellin vorgefunden, und von letzterem dabei bemerkt worden ist, es sei „dies Bedenken, wie des Kammergericht und Justitien Sachen anzustellen, vom alten Cantzler Lampr. Diestelmeyer aufs Papier bracht." (Vgl. Mylius a. a. O. S. 5). — Scholtz a. a. O. S. 20 bezeichnet zwar diese Registratur als Sonntags nach Jubilate den 7. Mai 1708 aufgenommen; es muß dies

Digitized by Google

torschaft Diestelmeyer's als hinreichend constatirt erachtet werden. Die Zeit der Abfassung dieses ersten Projects ist ungewisser. Gemeinhin wird es in das Jahr 1573 gesetzt, auf die Autorität einzelner Handschriften, welche dies Jahr angeben; indessen hat das Project im Tit. 50 des Landrechts wörtlich eine Verordnung über die landesherrlichen Wildbahnen vom Sonntag Quasimodogeniti des J. 1574, muß also, wenn dies nicht ein späterer Zusatz ist, neueren Datums sein. Jedenfalls aber ist die Abfassung vor dem Jahre 1577 schon so weit gediehen gewesen, daß Verhandlungen mit den Ständen darüber eröffnet werden konnten, andererseits nicht über das Jahr 1573 hinaufzusetzen, da eine Abschrift dieses Projects sich am Ende eines Copialbuches findet, welches die Landtags-Abschiede vom J. 1472 — 1572 enthält, im J. 1577 dagegen die neue Brau-Ordnung ergangen ist, welche gleichzeitig mit dem neuen Landrecht, so wie einer neuen Polizei-Ordnung Gegenstand der Berathungen auf dem Landtage gewesen ist[133]). Daß übrigens dieses ältere Landrecht bloßes Project geblieben ist, unterliegt keinem Zweifel; auffallend nur ist es, daß bei gleichzeitigen Schriftstellern nirgends m. W. desselben Erwähnung geschieht, namentlich nicht in den bekannten Decisiones des älteren Johann Köppen, wie nahe Veranlassung auch mehrere der darin erörterten Fragen dazu gegeben hätten[134]).

---

aber auf einem Schreib- oder Druckfehler beruhen, da zu Anfang des vorigen Jahrhunderts der Titel eines Canzlers und Vice-Canzlers für den Chef des Kammergerichts nicht mehr gebräuchlich war, da in Hymmens Beiträgen, Thl. 4. S. 233 flg. Verzeichniß des Kammergerichts-Personals auch für jene Zeit keinen dieses Namens aufführt, wohl aber darin S. 239 ein Dr. jur. Abraham v. Bellin mit dem Bestallungs-Datum vom 24. Mai 1595 genannt wird. Auffallend ist nur, daß die Registratur ihn Canzler nennt, welches Amt nach Hymmen a. a. O. Thl. 3. S. 209 bis zum Regierungs-Antritte Joachim Friedrichs (8. Jan. 1598) Christian Diestelmeyer, nach diesem Joh. v. Loben verwaltet hat; indessen wäre es möglich, daß Bellin nach des erstern Entlassung eine kurze Zeit oder interimistisch mit dem Geschäfte eines Canzlers beauftragt, nachher gleich seinem Vorgänger bei dem neuen Landesherrn angeschuldigt und in Ungnade gefallen wäre.

133) S. Mylius a. a. O. S. 3 sub No. 5 u. S. 4.

134) Vgl. z. B. die Dec. 3. 10. 29 u. 41 mit der Landes-Ordn. Tit.

Digitized by Google

Ueber den Urheber der andern Redaction der Landes-Ordnung in 5 Theilen fehlt es durchaus an sicheren Notizen; nur jene Aeußerung in der Lobrede auf Lamprecht Diestelmeyer, nach welcher es scheint, daß derselbe bis zu seinem Tode, also noch nach dem Jahre 1577, mit dieser Angelegenheit beschäftigt gewesen, läßt einen Antheil desselben an der neueren Fassung vermuthen. Wahrscheinlicher ist, daß sein Sohn Christian dafür besonders thätig gewesen sei, wie dies theils Hildesheim sehr bestimmt andeutet, theils daraus abzunehmen ist, daß er in einer von den Ständen im J. 1593 dieser Angelegenheit halber übergebenen Beschwerdeschrift unter den vier landesfürstlichen Abgeordneten genannt wird, welche „zur Fortsetzung der Constitution und Polizei-Ordnung" mit den Deputirten der Prälaten und Ritterschaft verhandelt hätten; doch muß es freilich dahin gestellt bleiben, ob ihm die eigentliche Abfassung zugeschrieben werden kann, zumal er selbst in jener oben erwähnten Erklärung nichts davon bemerkt, wie nahe es gleich gelegen hätte, und neben ihm unter jenen Abgeordneten auch Joh. Köppen genannt wird [135]. Als Zeitpunkt der Vollendung wird allgemein das Jahr 1594 angenommen; die Handschrift, in welcher das Publications-Patent sich findet, und der Ueberschrift die Worte „aufgerichtet im J. 1594" beigefügt sind, rührt jedoch aus dem Ende des 17. Jahrhunderts, und da dieselbe Jahresangabe auch in Handschriften der älteren Recension vorkommt, in andern wieder das Jahr 1596 genannt wird, so kann wohl nur wenig Gewicht darauf gelegt werden. Ueberhaupt scheint es uns bedenklich, dies Publications-Patent so zu deuten, als sei die landesherrliche Bestätigung wirklich schon erfolgt, und nur die Publication in Folge unerwarteter Hindernisse, oder

22. 48. 23 u. 43 flg. — Daß übrigens diese Decisionen, obwohl längere Zeit vor ihrem Erscheinen im J. 1600 verfaßt, neuer sind als d. J. 1577, ist unzweifelhaft, da Köppen p. 112. 114 u. 248 der Reichsschlüsse v. J. 1576 u. 1582 erwähnt und p. 204 auf ein Kammmergerichts-Urtheil v. J. 1583 Bezug nimmt.

135) Mylius a. a. O. S. 5. — Allem Vermuthen nach ist dies der Verfasser der Decisiones; nur ist freilich auch deßen Sohn gleiches Namens, der spätere Vicecanzler, nach Hymmen a. a. O. Th. 3. S. 219 u. 251 bereits im J. 1589 Kammergerichtsrath gewesen, und konnte in so fern wohl gemeint sein.

hinterher erst nach Beendigung der eigentlichen Berathung entstandener Bedenken unterblieben; daß das Patent ohne Datum ist, scheint uns mehr darauf hinzuweisen, daß es nur von dem Concipienten des Landrechts herrührt, und so möchte, abgesehen von der Wichtigkeit, welche dasselbe seinem Inhalte nach in so fern hat, als es über Tendenz der neuen Landes-Constitution und deren Beziehung zum Landesherkommen und gemeinen Rechte sich näher ausspricht, kaum ein mehreres darauf zu gründen sein, als eine Bestätigung der ohnedies nicht zweifelhaften Thatsache, daß auch in dieser Form das Project einer solchen landrechtlichen Gesetzgebung noch der Zeit des Kurfürsten Johann Georg [136]) angehört.

Ueber Gang und Inhalt der Verhandlungen, welche auch über diesen neuen Entwurf mit den Ständen gepflogen worden sind, würden vielleicht die bisher noch ungedruckten Monita der letzteren einigen Aufschluß gewähren. Aus dem, was Mylius hierüber beibringt, erhellt nur, daß das Werk, wie es unter Johann Georg unvollendet blieb, auch unter dessen Sohne Joachim Friedrich mehr Gegenstand von Anträgen und Zusicherungen, als ernstlicher Berathung gewesen ist. Gleich nach dessen Regierungs-Antritt urgirten zwar im J. 1599 die Stände, daß „forderlichst eine gute und richtige Kammergerichts-Ordnung, auch Landes-Constitution gefasset und publiciret werden möge"; weder aber scheint der neue Kurfürst den Plänen seines Vaters sonderlich geneigt [137]), noch die Landschaft dafür besonders thätig gewesen zu sein [138]); die Einforderung gutachtlicher Berichte, welche „punct vor punct" über die „mit Bewilligung Ch. Gn. in Gott ruhenden Herrn Vaters zusammengetragenen

---

136) Auf dessen Namen lautet nämlich das Publications-Patent.

137) Eine Kammergerichts-Ordnung, erklärte er anfangs den Ständen, sei vorhanden, „auch also gefasset, daß sie nicht zu verbessern", und gab nur so viel nach, daß die Stände ihr Bedenken, wie und welchergestalt die Verbesserung vorzunehmen, eröffnen möchten.

138) In der den Ständen, neben dem Landes-Reverse, ertheilten Resolution vom 11. März 1602 (Mylius Th. VI. Abth. 1. S. 168) heißt es sub No. 10: „Die Landes Constitution undt die Policey betreffendt, da ist der Mangell nicht an J. Churf. Gn., wollen auch, wann nur die Stände sich selbst befödern, solche gerne zu wercke stellen."

Digitized by Google

und abgefasseten Polizei-Kammergerichts-Ordnung und andern Constitutionen" je aus den einzelnen Kreisen erstattet werden sollten, blieb eben so ohne Erfolg, als eine auf Grund dessen im J. 1602 zu Brandenburg stattgehabte gemeinsame Berathung [139].

Erneute Anregung fand diese Angelegenheit bei dem im Jahre 1608 eintretenden Regierungswechsel. Bei dem Eifer, mit welchem Kurfürst Johann Sigismund im Herzogthume Preußen, erst als Regent und Vormund des Herzogs Albrecht Friedrich, dann als Landesherr, die auch dort schon seit vielen Jahrzehnden beschlossene Abfassung eines Landrechts betrieb, und endlich im J. 1621 in's Werk setzte, hätte sich auch erwarten lassen, daß der im J. 1611 den Märkischen Ständen von neuem ertheilten Versicherung „zu ehester Gelegenheit Unsers in Gott ruhenden Hrn. Vaters undt Groß Herrn Vaters Visitation undt Policey undt Landtes Ordnung revidiren zu lassen [140]), dieselbe durch öffentliche ausschreiben zu confirmiren undt publiciren", nunmehr die That folgen werde. Die Jülich-Cleveschen und Preußischen Angelegenheiten mochten indessen wichtiger, als alles andere erscheinen; vielleicht auch, daß der Kurfürst oder seine Räthe ein solches Landrecht, wie es ursprünglich beabsichtigt, und mehr vom Standpunkte des Landes-Herkommens bearbeitet, als auf Römisches Recht gegründet war, nicht mehr für wünschenswerth und Bedürfniß erachteten, sondern einer so umfassenden und materiell vollständigen Gesetzgebung, wie das Preußische Landrecht, den Vorzug gaben, für welche es an allen Vorarbeiten

---

139) S. Mylius a. a. O. S. 6, wonach die Landschaft auch im Jahre 1606 wieder klagte, daß das Constitutions- und Polizei-Werk ins Stocken gerathen.

140) Auffallend ist, daß diese Versicherung nur der Crossenschen Landschaft unterm 12. Juni 1611 ertheilt ist (s. Mylius Th. VI. Abtheil. 1. S. 241); vielleicht daß hier wegen der zwar bestätigten, aber nicht unangefochten gebliebenen Gültigkeit der Sächsischen Rechte sich das Bedürfniß einer Landesgesetzgebung besonders fühlbar gemacht hatte. Uebrigens scheint es in der eigentlichen Kurmark unter Johann Sigismund gar nicht zur Ausstellung des üblichen Landes-Reverses gekommen zu seyn; bei Mylius findet sich wenigstens ein solcher nur für die Neumark (ebend. S. 210 flg.) und noch im J. 1615 waren die fünf Jahre zuvor übergebenen Gravamina nicht einmal in Berathung gezogen (ebend. S. 261).



Digitized by Google

noch fehlte. Ungeachtet wiederholter Instanz der Stände haben, wie es scheint, unter seiner Regierung nicht einmal weitere Verhandlungen mit denselben statt gefunden, und auch ohne die bald darauf ausbrechenden Kriegs-Unruhen, welche alle Thätigkeit der Regierung für innere Landes-Angelegenheiten hemmten, wäre schwerlich das Project Johann Georg's der Vergessenheit entgangen, in welche es für lange Zeit, in gewissem Sinne für immer gerieth.

## §. 9.

Der Regierungs-Antritt des Kurfürsten Friedrich Wilhelm, überall in der Hoffnung freudig begrüßt, daß nun den unsäglichen Trübsalen des Landes Ziel oder doch Maaß werde gesetzt werden, führte alsbald zur Wiederaufnahme jenes Gesetzgebungswerks, und die kräftige Persönlichkeit des neuen Landesherrn ließ eben so rasche, als dessen Einsicht eine günstige Erledigung dieser Angelegenheit hoffen.

Noch ehe die Stände unterm 14. April 1643 an die Landes-Herrschaft das Ansuchen stellten „die Kammergerichts-Ordnung, Landes-Constitution, wie es in civilibus und criminalibus zu halten, und weshalb schon 1602 in dem zu Brandenburg gehaltenen conventu unterschiedene Conferentzien gehalten worden, und eine beständige Polizei-Ordnung zur perfection zu bringen" [141]), hatte der Kurfürst durch den Vice-Kanzler Kohl eine neue Kammergerichts-Ordnung, als vor allem dringendes Bedürfniß, ausarbeiten lassen [142]). Anfangs, wie es scheint, sofort zu deren Publication zu schreiten, geneigt [143]), gestattete er später auf Instanz der Stände

---

141) S. Mylius a. a. O. S. 7. Diese Erwähnung der Brandenburger Conferenz ist m. W. die einzige Hinweisung auf den ältern Landrechts-Entwurf, welche sich bei den weiteren Verhandlungen findet.

142) Nach dem der Landschaft mitgetheilten Exemplare ist diese K.G.O. v. J. 1643 bei Mylius a. a. O. sub No. IV. S. 169 flg. abgedruckt. Vgl. auch Hymmen's Beitr. Th. 3. S. 260.

143) Darauf deutet die Aeußerung in Küster's altem und neuern Berlin S. 290: „Die Ursache der Suspension eines in jure, aequitate et consuetudine christianorum judiciorum fundirten scripti hat man nicht

Digitized by Google

Berathungen mit denselben[144]), nahm selbst trotz deren von neuem erprobter Erfolglosigkeit die bereits verfügte Publication wieder zurück, und so gerieth die ganze Angelegenheit nicht bloß ins Stocken, sondern kam auch, obwohl zu wiederholten Malen angeregt und aufgenommen, überall nicht zur Ausführung [145]). Gleich geringe Fortschritte machte die materielle Gesetzgebung. Zwar erklärte auf die von den Ständen übergebenen Beschwerdepunkte der Kurfürst in der Resol. vom 1. Mai 1652: „Se. Churf. Durchl. sehen selbst gerne, daß in rebus dubiis, darüber bißhero noch keine gewisse decision ergangen, von Sr. Ch. D. Räthen, Deputirten vom Adell und aus den Städten, wie auch Professoribus zu Frankfurt a. O. Constitutiones aufgesetzt werden, welche dem juri communi, gueten hergebrachten Consuetudinibus und dieses Landes gebräuchen ähnlich sein, und seind S. Ch. D. dieselbige zu authorisiren und zu bestettigen in Gnaden geneigt" [146]); es ward auch im folgenden Jahre auf dem Landtage diese Erklärung erneut[147]). Allein eine Landes-Ordnung, wie man sie früher beabsichtigt hatte, entsprach nicht mehr der Ansicht dieser Zeit, und dem Uebergewichte, welches nun bereits im Leben, nicht bloß in der Doctrin, das Römische Recht gewonnen hatte; auch konnte es dem Kurfürsten, dessen Pläne für die innere wie äußere Politik Preußens eine ganz neue Richtung nahmen, kaum anders als bedenklich erscheinen, in solcher Zeit des Uebergangs eine

---

penetriren können, und solche in Ansehung der Stände nicht erheblich geglaubt."

144) Churf. Resol. v. 2. Juli 1750 (bei Mylius Th. VI. Abth. 1. S. 398): Der Revision und Verbesserung der C.G. und Landreuter-Ordnung sambt Abschaffung aller Mißbräuche ist Se. Ch. D. nicht zuwider. Es wollen nur die Stände etliche Ihres Mittels deputiren, welche mit den C.G. Räthen das Werk überlegen, und was zu erinnern und zu verbessern vonnöthen auffsetzen, . . . damit solch Werk wohl erwogen und nicht desultorie damit verfahren werde. Vgl. auch Landt.-Receß v. 26. Juli 1653 sub No. 46 (ebend. S. 446).

145) Ueber diese späteren Verhandlungen, bis zum J 1709, wo endlich die neue C.G.O. erschien, vergl. Hymmen's Beitr. a. a. O. S. 263 flg.

146) Mylius Th. VI. Abth. 1. S. 408.

147) Landt.-Rezeß v. 26. Juli 1653 sub No. 24 (ebend. S. 438).

Digitized by Google

umfassende Gesetzgebung in's Leben zu rufen, von welcher, mochte sie den hergebrachten Zuständen sich anschließen oder davon lossagen, auf der einen Seite Anstoß mancherlei Art, von der anderen Hindernisse für die ruhige Entwickelung der Zukunft zu besorgen stand. Unbestimmt wie jene Erklärung war, welche weder eine förmliche Zusage enthielt, noch über Zweck, Plan und Umfang der in Aussicht gestellten Constitutionen sich aussprach, scheint in der That für die Ausführung so gut wie nichts geschehen zu sein [148]), selbst die vom Kurfürsten gegen Ende seiner Regierung unternommene Revision des Preußischen Landrechts keine andere Rückwirkung auf die Mark geäußert zu haben, als daß auf Instanz der Stände die landesrezeßmäßige Zusage des Jahres 1653 nochmals erneut, und die Landschaft zur Einreichung speciellerer Vorschläge ermächtigt wurde [149]).

Gegenstand ernsterer, obschon gleich erfolgloser Erwägung ward diese Angelegenheit mit dem Eintritte des neuen Jahrhunderts. Anonyme Vorschläge zur Verbesserung der Justiz (ob nur der Regierung eingereicht oder im Druck erschienen, findet sich nicht ange-

---

148) Dies erhellt besonders aus der ganzen Fassung der auf landständische Anträge ergangenen Resolution v. 22. März 1670 (ebend. S. 523), wo es sub No. 8 heißt; „Was wegen Verfassung einer gewissen gerichtlichen Landes Constitution angeführet wirdt, solches ist schon vorlängst unter der Handt; weil es aber ein Werck von großer Wichtigkeit und wobey große Vorsichtigkeit zu gebrauchen, so hat damit so baldt nicht vorfahren werden können. Es soll aber den Ständen davon künfftig part gegeben werden."

149) Resol. betr. das Lehnwesen vom 23. April 1684 (ebend. S. 565): „Was endlich die Decisiones super casibus dubiis anbelangt, solche haben wegen anderer nothwendigen bekandten Hindernisse bishero noch nicht befördert werden können. Se. Churf. Durchl. wollen aber gnedigst dahin bedacht sein, daß so baldt möglich dergleichen Casus, nach Anleitung gedachter (v. J. 1663) und anderer Landtags Recessen vorgenommen, gebührendt erörtert und gestellten Sachen nach decidiret werden sollen. Indessen können die Landstände eine Specification der casuum maxime dubiorum, und worüber einige gnädigste Special Decision nöthig, abfassen und unterthänigst eingeben."

Digitized by Google

geben)[150]) gaben dazu den Anstoß. Bei den Ungewißheiten im Rechte, „so dem verkehrten arbitrio judicis und casibus pro amico Raum gäben", sei es nöthig, „die controversias juris practicas utiliores, worinnen die Tribunalia und Collegia juridica zu variiren pflegen, publica autoritate zu decidiren"; zu dem Behufe müßten die Juristen-Facultäten und Schöppenstühle angewiesen werden, „dergleichen controversias Principis decisione dignas zu colligiren und ihre Meynungen darüber einzuschicken, überdies könnte den oberen Gerichten „die jura localia vel statutaria cujusque provinciae vel loci, und deren consensum cum jure Saxonico, vel ab eo aut Saxonico dissensum, per compendium mit ihrer epicrisi an Hand zu geben, und solche jura recepta, nicht weniger als was streitig, zu bemerken" aufgetragen werden; auf Grund dessen sollte dann „dasjenige, so der gesunden Vernunft, der Unterthanen Wohlfarth und Aufnahme und der Gelegenheit jedes Orts am meisten gemäß, erwählet und festgestellt werden." Wie hierbei die Kursächsische Legislation als Vorbild ins Auge gefaßt ist, könnte keinem Zweifel unterliegen, wenn auch nicht ausdrücklich darauf verwiesen wäre; Erledigung der Controversen auf gesetzlichem Wege wird als eigentliche Aufgabe bezeichnet, ein gleiches Verfahren, als bei der Augustinischen Legislation befolgt worden, empfohlen. Aber es ist nicht mehr die Rücksicht darauf, daß ursprünglich in der Mark Sächsisches Recht gegolten und in der Gewohnheit sich erhalten hatte, es ist nicht der Wunsch, diesen hergebrachten Rechtszustand zu erhalten und zu befestigen, was jene Gesetzgebung als das geeignetste Vorbild erscheinen läßt; vielmehr sind die Vorschläge einerseits auf eine das ganze Land umfassende gemeingültige Entscheidungsnorm gerichtet, andererseits tritt schon entschieden das Prinzip der Fridericianischen Gesetzgebung hervor, daß weniger, was bisher Rechtens gewesen und vom Standpunkte der überlieferten historischen Rechtsquellen als richtig anzuerkennen, als was zweckmäßig, rathsam und vernünftig sei, zum Maaßstab der gesetzlichen Entscheidung dienen müsse. Dabei ist aber doch von einem eigentlichen Gesetzbuche, wel-

150) Bei Hymmen a. a. O. S. 263, Not. 3 sind dieselben mitgetheilt, ohne irgend eine weitere Angabe, selbst ohne Bemerkung, ob die Mittheilung eine vollständige ist oder auf die Hauptpunkte sich beschränkt.

Digitized by Google

ches über das ganze Rechtsgebiet sich erstrecken und ein materiell vollständiges Rechtssystem aufstellen sollte, noch schlechthin Umgang genommen; noch weniger liegt eine Hindeutung auf formelle Derogation des gemeinen Rechts vor, und so kann diesen Vorschlägen nicht sowohl die Bedeutung eines Ausgangspunktes für die spätere Legislation, wohl aber in so fern besondere Wichtigkeit beigelegt werden, als darin ein deutlicher Beweis liegt, daß dem Römischen Rechte, wider welches man das einheimische durch jene älteren landrechtlichen Projecte zu erhalten gesucht hatte, nun auch bereits im Leben und in der Praxis der entschiedenste Sieg zu Theil geworden war, die Landes-Gesetzgebung in viel höherem Grade als früher einen constitutiven Charakter gewonnen hatte.

Mit jenen Vorschlägen erklärte sich der damalige Kammergerichts-Präsident v. Wedell, welcher früher schon ähnliche Anträge gestellt hatte[151]) und jetzt zu gutächtlicher Aeußerung aufgefordert wurde, in allen wesentlichen Puncten einverstanden[152]), nur daß er, durch Berücksichtigung der Landtags-Abschiede und der für die Mark früher ergangenen Verordnungen, und durch Benutzung der autores Marchici, dieser neuen Gesetzgebung eine bestimmtere Beziehung auf die Mark gegeben wissen wollte[153]), zugleich auf die Unzuläng-

151) S. das unterm 8. Dezbr. 1698 auf Veranlassung einer neuen Ausgabe von Scheplitz an das Kammergericht erlassene Rescript, ob nicht zu Erhöhung der Brauchbarkeit dieses Werkes demselben, außer den bisher ergangenen Lehnsconstitutionen, andere „Constitutiones, maxime in casibus dubiis" beizufügen wären. Hymmen a. a. O. S. 262. Note 1.

152) Den Bericht desselben v. 3. Septbr. 1700 theilt Hymmen a. a. O. S. 264 flg. mit.

153) Die Art, wie Wedell über die Märkischen Rechtszustände sich äußert, verdient hervorgehoben zu werden. „Wohl ist zu beklagen", heißt es, „daß die Märkische Lande damit notirt werden, quod utantur jure incerto, welches zum Theil daher gekommen, da vorhin das Sachsenrecht in der Mark Br. im Schwange gewesen, und dessen vestigia so übel können weggethan werden, wiewohl doch das jus Saxonicum per constitutiones Electorales . . . eliminirt und abgeschaffet, hingegen aber das Kayserrecht eingeführet etc."

Digitized by Google

lichkeit einer bloßen Decision einzelner Controversen hinwies[154]), und umfassende Constitutionen[155]) für zweckmäßiger erachtete, welche systematisch geordnet ein Corpus Constitutionum Electoralium Brandenburgicarum oder Codex Fridericianus Electoralis Marchicus bilden könnten. In diesem Sinne erging denn auch schon unterm 6. Novbr. 1700 an die übrigen Märkischen Obergerichte und an die beiden Juristen-Facultäten zu Frankfurt und Halle der Befehl, zum Behufe solcher „Constitutiones in causis dubiis" ihre „Urtheilsbücher, Responsa und Consilia nachzusehen und die casus dubios daraus zu extrahiren", wobei, zum Zeichen wie sehr man dies als gänzlich abgethan und neben den Landes-Gesetzen nur das Römische Recht als Norm betrachtete, nach ausdrücklicher Anweisung darauf Bedacht genommen werden sollte, „daß nichts weder de jure Saxonico noch andern Rechten dabey mit einschleichen möge[156]). Ob aber diese Berichts-Erstattung erfolgt sei, ist weder aus den Mittheilungen Hymmen's noch aus den diesseitigen Facultäts-Acten zu entnehmen, und nur so viel gewiß, daß es, vielleicht weil die gleichzeitig anbefohlene Ausarbeitung der Cammergerichts-Ordnung wichtiger schien, zur Abfassung solcher Constitutionen nicht ge-

154) Obwohl in Sachsen zu den Augustinischen Constitutionen kürzlich neue Decisiones ergangen, auch es sonst nicht an vielfältigen Ordinationes, das Justitzwesen betreffend, fehle, „hat es doch nicht also zulänglich seyen wollen, daß nicht die Facultates juridicae einander vielfältig widersprochen, sogar auch daß die Jur.-Fac. zu Leipzig mit dem Scabinatu daselbst in vielen Sachen nicht einig gewesen, sondern different sententionirt."

155) Für diese sollten die von den Gerichten und Facultäten aus ihren Abscheid- und Urthelsbüchern zu extrahirenden Casus dubii, die Landtags-Abschiede u. s. w. das Material bilden, „gestalt denn solchergestalt labor inter tot divisus so viel weniger beschwerlich; . . . darbey nur dieses noch zu erinnern, daß wenn man sich ratione ordinis et titulorum oder capitum vereinbahret, ob styli aequalitatem freie Hand und Feder, das Werk zu concipiren und zu verfassen, würde zu gebrauchen, folgends aber Sanctione Electorali auf vorhergehende communication nach Veranlassung des Landtags-Abschiedes de A. 53. §. 24 zu absolviren seyn."

156) S. Hymmen a. a. O. S. 269 flg.

Digitized by Google

kommen ist, daß auch König Friedrich Wilhelm I. diese Angelegenheit unvollendet, ja nicht einmal vorbereitet vorfand.

In der „Allgemeinen Ordnung, die Verbesserung des Justiz-Wesens betr.“, v. 21. Juni 1713, welche unmittelbar nach seinem Regierungs-Antritt unter der bekannten Aeußerung:

„Die schlimme Justitz schreyet gen Himmel, und wenn ichs nicht emendire, so lade ich selber die Verantwortung auf mich“

anbefahl, nahm der König diese Angelegenheit alsbald wieder auf.

„In denen Provintzien“, lautet der §. 56, „wo mehr als einerley Recht, und theils das Römische, theils das Sächsische, theils ein Jus consuetudinarium gilt, wollen Wir an richtigen Verfassungen arbeiten lassen, damit alle aus einem ungewissen Recht entspringende Fehler und Gebrechen abgeschaffet werden, zu welchem Ende Unsere Regierungen und andere Collegia die Casus dubios colligiren und cum rationibus dubitandi et decidendi zur Decision einsenden sollen, damit dem abusui praejudiciorum gesteuert und das arbitrium Judicis nicht zu weit und über die behörige Schranken extendiret werde; Die Rescripta decisiva und auch Edicta, die in das Justitz Wesen einlauffen, sollen fleißig zusammengesuchet, daraus Constitutiones verfasset und im Lande publiciret werden.“

Nach welchen Grundsätzen aber und in welcher Weise diese Constitutionen ausgearbeitet werden sollten, darüber spricht sich weder diese Verordnung vom J. 1713 in genügender Weise aus, noch deren Declaration vom 28. Novbr. 1714, noch die im J. 1718 ergangene neue Constitution wegen Abkürzung der Prozesse, aus welcher sich nur ergiebt, daß die Regierung jenen Plan einer auch das materielle Recht betreffenden Justizreform immer festgehalten habe [157]. Nur die General-Verordn. vom 16. Oct. 1728, welche

157) Die angef. Declar. (bei Mylius a. a. O. S. 555) verlangt im §. 1 von sämmtlichen Justiz-Collegien Bericht, „ob und in wie weit das Jus civile oder andere Rechte bey ihnen observiret werden, und wie die deshalb vorkommende dubia durch Unsere Landes-Herrliche Decision aufs kürzeste abzuschneiden“, und im §. 37 der Const. v. 3. Sept. 1718 (wörtlich wiederholt im §. 35 der revidirten Const. v. 18. Novbr. 1718) wird eben so, unter der Be-


Digitized by Google

Berichterstattung über alle in der Mark bisher noch beobachteten, geschriebenen und ungeschriebenen, Statutar-Rechte Behufs ihrer Prüfung und Bestätigung anbefahl [158]), und nach deren Vorgang

vorwortung, wie es „zur Beförderung der Justitz gereichet, wenn diejenigen Leges und Statuta, worüber die Rechtsgelehrten ungleicher Meinung seyn, conciliiret und etwas gewisses gesetzet werde" den Gerichten aufgegeben, „darüber ihre Gedancken und Meynung, um einen endlichen Schluß und gewisses Decisum deshalb zu machen, binnen einer 6monatlichen Frist unfehlbar zu eröffnen" (ebend. S. 613 u. 667).

158) „Fügen hiermit zu wissen", heißt es hier, „daß Wir bishero wahrgenommen, wie . . . unter dem Vorwande eines Juris Statutarii oder hergebrachter Gewohnheit, denen Landes-Gesetzen entgegen, verschiedentlich erkant worden, obgleich dergleichen Jura statutaria weder publiciret noch confirmiret, oder doch nicht zu jedermanns, dem daran gelegen, Wissenschafft gelangen können, die Gewohnheiten auch, zumahl wann sie wieder die Rechte und Landes-Ordnungen lauffen, ihre richtige Requisita erfordern, und daher allemahl dergestalt nicht beschaffen sind, daß darauf denen Rechten nach reflectiret werden sollen.... Diesem Unwesen nun abzuhelffen und denen Unordnungen wegen so vieler particulair-Statuten zugleich vorzubeugen, befehlen Wir allen und jeden Obrigkeiten, auch Magistraten Unserer Chur-Marcken, ihre vermeinte Gewohnheiten, so in das Recht einschlagen und dabei attendiret werden sollen, richtig zu specificiren und solche nebst ihren Juribus statutariis und darüber habenden Landes-Herrlichen Confirmationen, wann Selbige vorhanden, binnen 4 Wochen . . . einzusenden, . . . oder zu gewarten, daß nach Ablauff solcher Frist die zurückbleibenden Jura Statutaria und Gewohnheiten, so weit sie Unseren Landes-Gesetzen zuwider, künfftig unkräfftig seyn, und . . . vor verworffen und unstatthafft gehalten werden sollen." (Mylius a. a. O. S. 792). — Die in Folge hiervon eingegangenen Berichte sind nach Scholtz a. a. O. S. 27 unterm 16. Juli 1729 dem Kammergerichte zur gutachtlichen Erklärung über deren Beibehaltung, resp. Abschaffung und Modification übersendet worden, „damit endlich einmahl, soviel moglich, ein Gemeinsahmes Recht eingeführt, nnd wo besondere statuta bleiben, solches überall bekannt gemacht werden könne."

Digitized by Google

ein gleicher Befehl in die übrigen Provinzen ergangen sein muß [159]), ließ einigermaßen die Pläne der Regierung, und die dabei leitenden Ansichten erkennen, mehr noch das an das Kammergericht ergangene, bisher aber, so viel wir finden, ganz übersehene „Rescr., wie es in verschiedenen Puncten zur Verbesserung der Justitz zu halten" vom 26. Februar 1738, welches sub No. XI Folgendes disponirt:

„Sind Wir auch entschlossen, ein besonderes Landrecht in Unseren Landen einzuführen und das Jus Romanum, in so weit es applicabel, zum Fundament nehmen zu lassen. Gleichwie aber sich nicht füglich thuen lassen will, die besondern Statuta und Jura jeder Provintz mit einfliessen zu lassen; Also habt ihr diejenige so bey euch eingeführet und (in) Observantia sind, besonders zu colligiren, und in eine Constitution unter gewissen Rubriquen, z. E. Von Communion der Güther, von dem Eigenthums-Recht etc. zu bringen; Welchemnächst, wann solche insgesamt eingesandt, und mit denen Ständen und Magistraten jeder Provintz und Stadt darüber communiciret worden, dieselbe besonders publiciret werden sollen, damit solchergestalt einmahl überall ein gewisses Recht etabliret werde." [160]).

Desto vollständigeren Aufschluß giebt die im Eingange dieser Abhandlung bereits erwähnte Cabinets-Ordre an die Haller Juristen-Facultät vom 18. Juni 1714, welche, ohne Zweifel veranlaßt durch die obige Verordnung vom 21. Juni 1713, die hierin enthaltenen Andeutungen mit jenen anderweitigen officiellen Erklärungen der Regierung vermittelt und deren ursprüngliche Intention nicht minder deutlich darlegt, als die allmählichen Modificationen dieses Plans, und in so fern als eine für die Geschichte der älteren legislativen

---

159) Bei Scholtz a. a. O. S. 28 wird ein Rescr. v. 16. Febr. 1738 mitgetheilt, welches „nach geschehener Einsendung sämmtlicher jurium statutariorum aus denen Provintzen" dem Tribunal anbefiehlt, „dieselbe, so fern sie bei jeder Provintz von dem jure communi abgehen, in Ordnung zu bringen, (und) eine rechte Constitution darüber zu projectiren."

160) S. Mylius a. a. O. Cont. I. S. 134.

Projecte und für die Fridericianische Gesetzgebung des Allg. Landrechts gleich wichtige Quelle erscheint.

## §. 10.

Bei dem nicht unbedeutenden Umfange, welchen dies Document mit den dazu gehörigen Beilagen hat, erscheint es dienlich, dasselbe, in diplomatisch treuem Abdrucke, anhangsweise dieser Abhandlung beizufügen. Ob eine ähnliche Aufforderung an die Frankfurter Juristen-Facultät, so wie an die Märkischen Obergerichte ergangen ist [161]), ergeben die diesseitigen Acten nicht; eben so wenig hat sich darin von Conferenzen der Facultät, wie sie das Rescript anbefiehlt, oder von Entwürfen zu den den einzelnen Mitgliedern aufgetragenen Constitutionen eine Spur auffinden lassen. Daß aber die Facultät beflissen gewesen ist, einem so ehrenvollen Auftrage zu entsprechen, der eben sowohl das Ansehen bekundet, dessen zu jener Zeit auch in der vaterländischen Praxis die academischen Spruch-Dicasterien sich noch zu erfreuen hatten [162]), als einen Gegensatz bildet gegen die spätere Zeit, wo man zwar nicht mehr alle wissenschaftliche Bearbeitung des Landrechts als Corruption betrachten und „bey schwerer Strafe" verbieten zu müssen glaubte [163]), doch es für undienlich erachtete, zur Prüfung des Entwurfs eines allg. Gesetz-

161) Die Beziehung, in welcher die Verordn. vom J. 1703 zu dem Rescr. vom 6. Novbr. 1700 steht, läßt dies übrigens mit um so größerer Sicherheit vermuthen, als der, der hiesigen Facultät gewordene, Auftrag zwar wichtige, aber keinesweges solche Materien betrifft, welche in besonders reichem Maaße „casus dubios" darboten. Auffallend ist nur, daß in den von Scholtz a. a. O. benutzten Acten sich auch nicht eine Spur hiervon vorgefunden zu haben scheint. Vielleicht daß die desfallsigen Documente in dem auf die Verordnung v. 16. Oct. 1728 bezüglichen, aber nicht mehr vorhandenen Actenstücke enthalten waren, dessen dort S. 28 Erwähnung geschieht.

162) Bekanntlich ist die Acten-Versendung, anfangs an die auswärtigen, bald darauf auch an die einheimischen Facultäten, erst im J. 1746 den Preußischen Gerichten untersagt worden.

163) Project des Corp. Jur. Frid. Vorr. §. 28. No. IX. u. P. I. Lib. 1. tit. 2. §. 10.

Digitized by Google

buchs die Juristen-Facultäten des Landes gleich den höheren Gerichts-Collegien speziell aufzufordern [164]), wird in einem späteren Berichte der Facultät vom 16. Novbr. 1733 ausdrücklich bezeugt. Uebrigens ist, was immer zur Vorbereitung jenes legislativen Plans diesseits oder anderwärts geschehen sein möge, dies neue Unternehmen dem Schicksale nicht entgangen, welches alle früheren Versuche der Art getroffen hat; bis zur Publication ist auch dieses Project eines Märkischen Landrechts nicht gediehen, vielleicht nicht einmal zur Redaction sämmtlicher dazu bestimmten Constitutionen. Nach einem späteren Minist.-Rescript an die Universität Halle scheint es sogar, als sei dieser Plan ganz in Vergessenheit gerathen oder wieder aufgegeben worden, indem es von neuem eine bloß gutachtliche Specification der Casus dubii verlangte [165]). Um so

164) Die bei Hymmen a. a. O. Th. 3. S. 174 mitgetheilte Cab.-Ordre v. 21. Mai 1749, welche über den ersten Theil des Projects von den Collegien u. s. w. Monita erforderte, ist nach Ausweis der diesseitigen Acten auch an die hiesige Facultät ergangen, deren damaliger Ordinarius, G. R. Knorre, auch unterm 10. Juni 1750 einige Bemerkungen eingesendet hat. Von einer gleichen Aufforderung zur Prüfung des Entwurfs eines allg. Gesetzbuchs findet sich dagegen keine Spur, und ist, daß eine solche ergangen, nach der Art, wie sich die Vorerinnerung vom 24. März 1784 äußert, mehr als unwahrscheinlich.

165) „Weilen Wir", lautet dieses von den Ministern v. d. Osten, zum Brosch und v. Marschalk (?) vollzogene, und bisher ungedruckte Rescr. vom 21. Septbr. 1733, „ein jus certum in dehnen Uns von dem Allerhöchsten untergebenen Landen und Provintzien etabliret wißen wollen So ergehet Unser allergn. Befehl hierdurch an Euch, sämmtliche Casus dubios, welche entweder daher, daß praxis (welche selten universalis ist) a jure communi differiret, oder weilen super jure ipso communi die Doctores differiren, oder weil die Landes Constitutiones dunckel und zweiffelhafft, alldort vorgekommen sind, accurat undt deutlich zu specificiren, selbige auch nebst Beyfügung Eures ohnmasgeblichen Gutachtens höchstens binnen zween Mohnahten anhero einzusenden." — Der hierauf erstattete, oben bereits erwähnte Bericht macht lediglich auf die Schwierigkeiten aufmerksam und den Vorschlag, daß lieber nach und nach auf die vorkommenden casus dubii „Reflexion" ge-

Digitized by Google

mehr werden wir uns, unter Verweisung auf das Document selbst, darauf beschränken dürfen, in allgemeineren Betrachtungen jene Instruction vom J. 1714 mit den früheren Projecten und mit den der Rechtsreform Friedrichs d. Gr. zu Grunde liegenden Prinzipien zu vergleichen [166]).

Die „Ungewißheit der Rechte", welche die Vorrede des Cocceji'schen Projects, mit einer fast an's Lächerliche streifenden Beflissenheit, als uranfänglichen, immer gesteigerten und geradezu unheilbaren Mangel der gemeinrechtlichen Quellen zu deduciren sucht, die auch in der berühmten Cab.-Ordre vom 14. April 1780 als eins der wichtigsten Motive für die beabsichtigte Reform, wie ihre Beseitigung als deren Hauptaufgabe und Zielpunkt bezeichnet wird, hat allerdings schon zu den legislativen Projecten des 16. Jahrh. die erste Anregung gegeben [167]). Aber es ist hier hauptsächlich

---

nommen und der per majora jedesmal gefaßte Beschluß einberichtet werden dürfte; weiteres ist weder von der Facultät geschehen noch an dieselbe ergangen, und so sei nur, weil unseren Gegenstand näher berührend, dies noch hervorgehoben, wie die Facultät die Zweifelhaftigkeit der Praxis vornemlich daraus erklärt, „weil einige schlechterdings nach dem Jure communi gehen, andere aber die Teutsche Rechte pro principiis juri communi derogatoriis halten, und endlich wieder andere beyde mit einander zu combiniren suchen."

166) Die C.O. v. 14. April 1780 ist eben so allgemein bekannt als leicht zugänglich (s. Nov. Corp. Const. March. T. VI. p. 1935, Corp. Jur. Frid. 1. Thl., Rabe's Samml. Pr. Ges. Bd. I. Abth. 6. S. 439); weder das eine noch das andere gilt von der C.O. v. 31. Dezbr. 1746, von welcher m. W. seit dem J. 1747 (vgl. Hymmen a. a. O. Th. 2. S. 278. Note 1) kein Abdruck wieder erschienen ist. Uebrigens bezieht sich nur der, häufig allegirte, §. 24 dieser C. O. auf die Ausarbeitung des Landrechts, alles andere auf den Prozeß, und so muß wohl später noch eine besondere Instruction für jene Redaction ergangen sein, da der Vorbericht des Cocceji'schen Projects §. 28 sich näher über die bei dessen Abfassung befolgten Prinzipien ausspricht und dabei ausdrücklich auf Königliche Befehle Bezug nimmt

167) Vgl. die oben Note 39 mitgetheilten Worte der Vorrede zur Landes-Const. v. J. 1594, nach welchen es weiter heißt: „Wenn

Digitized by Google

der Widerstreit des in der Observanz überlieferten einheimischen Rechts mit der auf Römischem Recht allein basirten Doctrin, worin die Quelle jener Rechtsungewißheit gefunden wird, und nicht auf Beseitigung, sondern vorzugsweise auf gesetzliches förmliches Anerkenntniß der Landesgewohnheiten, nur beiläufig auf Entscheidung einzelner Controversen des gemeinen Rechts, war jenes Project berechnet. Dagegen wird in der Fridericianischen Gesetzgebung die Nothwendigkeit der Rechtsreform vor allem auf die wirklichen und scheinbaren Antinomien der gemeinrechtlichen Quellen und auf die zahlreichen Controversen der Doctrin gegründet, welche „sich so sehr gehäufet, daß in allen Casibus dubiis so viel Affirmantes als Negantes allegirt werden könnten, und daher die Advocaten communes opiniones contra communiores allegirten, und das gantze jus arbitrarium bliebe [168]); und obwohl die Cab.-Ordre vom J. 1780, die Beibehaltung der besonderen Gewohnheiten und Gesetze der einzelnen Provintzen mit Recht verfügte, auch keineswegs das Provincialrecht als ein bloßes „imaginaires Teutsches Recht", behandelt hat, „von dessen Ursprung nichts gewisses bekannt", welches „längst aus der Observantz gekommen", und nur „einige neuere Doctores privata autoritate bey den Haaren wieder hervorgezogen" [169]), so liegt doch der älteren wie neueren Gesetzgebung Friedrichs des Gr. das gemeinsame Prinzip zum Grunde, daß auch das particuläre Recht Ausdruck und Gestalt eines wirklichen Gesetzes erhalten müsse, und nur wenn förmlicher Redaction unterworfen und landesherrlich bestätigt, fernerhin noch als Rechtsquelle in Betracht komme, und gleicherweise hat sich diese Gesetzgebung von der freilich trügerischen Hoffnung leiten lassen, daß eine solche legislative Umgestal-

---

wir nun . . . dazu, daß unsere . . . Unterthanen in ihren vorfallenden Irrungen ein gewisses, gleichmäßiges und unpartheyisches Recht haben . . . mögen, alle mögliche Beförderung zu thun geneigt; Alß haben wir Verordnung gethan, daß . . . . unsere Landes Constitution erklärtt und vermehret werde, auch andere mehr unsere Landes-Gebräuche und Satzungen, auch etliche disputirliche Fälle des Rechtens schrifftlich verfassen . . . lassen u. s. w.

168) Vorr. des Projects §. 22 u. 23, und Eingang §. 4. Corp. juris Frideric. S. X.

169) Proj. des Cod. Frid. Vorred. §. 23 und Eingang §. 6.

tung der bisherigen Rechtsquellen alle Widersprüche zu beseitigen, jeder Controverse ein Ziel zu setzen geeignet sei. Entschieden hat nun auch König Friedrich Wilhelm bei seinen Reformprojecten von dieser Ansicht sich leiten lassen. In der der Facultät ertheilten Instruction tritt es weniger bestimmt, und eigentlich nur darin hervor, daß in die neuen Constitutionen die besonderen „Rechtsgebräuche" der Mark einfließen, zugleich „alle vorkommende und sich ereugnende Casus oder Fälle" einverleibt werden sollten. Ueberhaupt aber wollte man ja nicht mehr bloße Decisiones casuum maxime dubiorum [170]), sondern vollständige Constitutionen über die verschiedenen Rechtsmaterien, und wie in dem v. Wedell'schen Gutachten darüber geklagt wird, daß „das jus civile durch die vielfältige glossas und commentarios Doctorum et Interpretum dergestalt intriciret, daß opiniones communes contra communes asseriret und behauptet werden wollen", so wollte einerseits die General-Verordn. v. 16. Oct. 1728 landesherrliche Bestätigung aller Statutarrechte, andrerseits spricht sich die Allg. Ordre v. 21. Juni 1713 direct dahin aus, daß, wo bisher „mehr als einerley Rechte" gegolten, „alle aus einem ungewissen Recht entspringende Fehler und Gebrechen abgeschaffet" werden müßten, und bestimmter noch bezeichnet das Rescr. v. 26. Febr. 1738 als Ziel der Gesetzgebung, daß „einmahl überall ein gewisses Recht etabliret werde."

Neben der Gewißheit des geltenden Rechts erstrebte die Fridericianische Rechtsreform vor allem gemeine Verständlichkeit des neuen Gesetzbuches und materielle Vollständigkeit desselben. Das erstere Prinzip [171]) hat Friedrich Wilhelm eben so offenkundig zu dem seinigen gemacht; denn in der Art will das Rescript die Constitutionen abgefaßt wissen, daß „solche auch von dem gemeinen Mann leichtlich können verstanden werden, und darauf befiehlt die Instruction zu achten, daß der Stylus deutlich, leicht und gleichförmig seyn möge", daß alle „Römische Benahmsungen und Kunst Wörter, auch diejenige so sonst in Rechtshändeln durch die Zeit eingeführet worden", in dem Gesetzbuche vermieden würden, wobei jedoch, im Vergleich zu dem Allgemeinen Landrecht, rühmend hervorgehoben zu werden verdient, daß man nicht von

170) Landtags-Rezeß v. J. 1653 No. 24 und Resol. v. 23. April 1698.

171) Corp. Jur. Frider. S. X.



Digitized by Google

einer gleichförmigen festen Terminologie gänzlich zu abstrahiren gemeint war, sondern nur Deutsche Kunstausdrücke substituirt wissen wollte [172]. Daß andrerseits materielle Vollständigkeit in Betreff der einzelnen zur Bearbeitung bestimmten Materien [173]) damals schon beabsichtigt gewesen, unterliegt gleichfalls keinem Bedenken. Die Art, wie durch Einsicht der älteren Acten und Spruchbücher, durch Vergleichung der Schriftsteller das nöthige Material von den verschiedenen Dicasterien herbeigeschafft werden sollte, giebt dies so bestimmt zu erkennen, daß es weder einer Hinweisung auf die Verordn. v. J. 1713 [174]), noch auf die bereits hervorgehobene Stelle der Instruction bedarf, welche „auf alle vorkommende Fälle" zu achten, und solche Casus denen Constitutionen mit großem Fleiße und Nachsinnen einzuverleiben befiehlt". Nur scheint man damals weder der trügerischen Hoffnung, eine absolute Vollständigkeit erreichen zu können, sich hingegeben zu haben, noch von der verkehrten Ansicht geleitet worden zu sein, welche später eine Zeitlang dem Richter alle analoge Anwendung und doctrinelle Interpretation hat entziehen und auf Anwendung des gesetzlichen Buchstabens beschränken wollen [175]). Zweifelhafter bleibt, ob das damals beabsichtigte Landrecht eine Vollständigkeit des Inhalts auch nach der Seite hin bezweckte, daß es über alle und jede Materien des Privatrechts sich erstrecken, und selbst auf einzelne Gegenstände des öffentlichen Rechts eingehen sollte. Darnach zu urtheilen, daß die Instruction als Vorbild das Preußische Landrecht bezeichnet, welches abgesehen von

---

172) Instr. sub No. 1, 2 u. 12. — Die Schwierigkeit gänzlicher Ausscheidung der hergebrachten Terminologie, welche die Vorrede des Cocceji'schen Projects im §. 31 als unüberwindbar bezeichnet, hat man nicht verkannt und daher eine vergleichende „Lateinsche und Teutsche Nomenclatur" beizufügen befohlen.

173) Entwurf des A.G.B. Vorerinner. S. 8.

174) Als Zweck der anbefohlenen Sammlung der casus dubii giebt sie an, „damit dem abusui praejudiciorum gesteuert und das arbitrium Judicis nicht zu weit und über die behörigen Schranken extendiret werde."

175) Entwurf eines A.G.B. Einl. §. 34 flg. Allg. Landr. Einl. §. 46 flg. vgl. mit Proj. des Corp. Jur. Frid. P. I. Lib. I. Tit. 2. §. 7 u. Vorr. §. 29.

Digitized by Google

Prozeß- und Criminalrecht rein privatrechtlichen Inhalts ist, scheint es aber, als sei für das Privatrecht allerdings eine vollständige Codification beabsichtigt gewesen, dagegen die Ausdehnung der Rechtsreform über die Grenzen des reinen Privatrechts hinaus, welche den Projecten des 16. Jahrhunderts nichts weniger als fremd war, erst in neuerer Zeit wieder beliebt worden [176]).

Wie bei dem Allg. Landrechte und in dem Cocceji'schen Projecte, neben den allgemeinen Landesgesetzen, das Römische Recht als Fundament und Hauptquelle gedient hat [177]), dergestalt, daß das erstere selbst sich nur „eine gründliche Verbesserung der bisherigen gemeinen und subsidiarischen Rechte" nennt [178]), so weiset auch die Instruction darauf hin, daß das Römische Recht, wie es „bishero zu einer Richtschnur gedienet", im Wesentlichen beizubehalten sei. In fast wörtlicher Uebereinstimmung mit den Cab.-Ordren Friedrichs des Großen [179]) ergeht jedoch auch hier die Anweisung, bei der Abfassung des neuen Landrechts „die natürliche Billigkeit" und die „Beschaffenheit dieses Landes" vor Augen zu haben, nur so weit das Römische Recht beizubehalten, „als solches sich auf den Zustand dieser Länder schicket und mit der gesunden Vernunft übereinstimmt, überhaupt dem Römischen Recht „so stark nicht zu folgen", als es in dem Preußi-

---

176) Auch das Proj. des Corp. Jur. Frid. ist auf das eigentliche Privatrecht beschränkt.

177) Proj. Vorrede §. 28 flg. u. Eing. §. 10. Cod. Jur. Frid. Th. I S. XI.

178) Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794. Art. IV.

179) Vgl. auch noch die von Cocceji erlassene C.O. v. 12. Jan. 1746 (Mylius Cont. III. S. 63): alle Justiz-Collegien „von denen bisherigen leyder eingerissenen und oft Himmelschreyenden Mißbräuchen durch Chicanen, Touren und Aufhaltungen der Justitz nach den alten Legen der wohlhergebrachten Observantz und dergleichen offentlichen tolerirten Mitteln der Ungerechtigkeit" abzumahnen, und anzuweisen, „daß Jedermannen ohne Ansehn der Persohn eine kurtze und solide Justitz . . . administriret, und alles dabey bloß nach Vernunft, Recht und Billigkeit, auch wie es das Beste des Landes und derer Unterthanen erfordert, eingerichtet werden möge."



Digitized by Google

schen Landrecht geschehen sei [180]). Seinem Projecte rühmt Coccesi in der Vorrede nach, es habe „die in dem Corpore juris versteckte principia juris naturalis hervorgesuchet, solche bei einer jeden Materie vorausgesetzet, vernünftige Conclusiones daraus deducirt, folglich das Römische Recht ad artem redigirt, das ist in eine vernünftige Ordnung gebracht", und in gleicher Weise will die Instruction „die principia juris naturae allenthalben vorausgesetzt" und bei Divergenz der Ansichten derjenigen „so der gesunden Vernunft am nechsten kömmet", den Vorzug gegeben wissen [181]). Neu ist allein die freilich etwas undeutliche Anweisung, daß die Beibehaltung der Vorschriften des Römischen Rechts auch „nach den Regeln einer guten Polizei" geprüft werden solle, und eben so findet sich in der spätern Zeit keine so directe Aufforderung wie hier, auch die in andern Ländern geltenden Rechte bei Abfassung der Constitutionen zu berücksichtigen, und nach Maßgabe derselben zu Abänderung der bisherigen Rechtsverfassung motivirte Vorschläge zu machen [182]). Wenn aber andrerseits die Cab.-Ordre v. J. 1780 darauf vor allem die Aufmerksamkeit der Redactoren richtet, wie den Zweifeln in Rechtsfällen vorgebeugt und Prozesse verhütet werden könnten, und namentlich zu dem Behufe gerichtliche Abschließung der Contracte in Aussicht nimmt [183]), so tritt diese Aufgabe, durch die Vorschriften des neuen Landrechts selbst der Prozeßführung vorzubeugen, in unsrer Instruction fast noch bestimmter hervor, wenn schon, auch nur beispielsweise, eine Andeutung darüber den Redactoren zu geben nicht für dienlich erachtet, sondern alles „der ihnen beywohnenden Geschicklichkeit" anheimgestellt worden ist [184]).

In der That ist hiernach der Plan, welchen König Friedrich Wilhelm für die Reform des materiellen Rechts aufstellte, nur darin verschieden, daß er nicht ein allgemeines Landrecht für die gesammte Monarchie beabsichtigte. Wie die Provinz Preußen ihr eigenes Landrecht längst besaß und in bald darauf bewirkter nochmaliger Revision bis auf die neuere Zeit behielt, so sollte auch

180) Instr. sub No. 1 — 3.
181) Instr. sub No. 7 u. 10.
182) Instr. sub No. 5. 6. 8. 9.
183) Corp. Jur. Frid. Th. I. S. XII.
184) Instr. sub No. 4 u. 13.

Digitized by Google

zunächst die Mark und allem Vermuthen nach jede Provinz ihr besonderes Gesetzbuch erhalten, in welchem das gemeine Recht, die allgemeine Landesgesetzgebung und die besondern provinciellen Gewohnheiten und Verfassungen zu Einem Ganzen verschmolzen werden müßten. In so fern schließt daher das damalige Project sich immer noch dem des 16. Jahrhunderts an; nur wäre in dem Maaße, als im Laufe der Zeit das Römische Recht fast ausschließliche Geltung erlangt hatte, das alte Herkommen dadurch verdrängt und verdunkelt war, die Gesetzgebung endlich immer mehr einen derogatorischen Charakter gewonnen hatte, das provincielle und deutschrechtliche Element entschieden dem fremden und gemeinen Rechte untergeordnet worden, wie wenig auch die Instruction bei der Verweisung auf die „Chur-Märkische ICti" irgend eine beschränkende Vorschrift beizufügen für nöthig und dienlich erachtete [185]. Anderntheils sollte, abweichend von den früheren Projecten, bei dieser Bearbeitung des neuen Landrechts weniger, was bisher gegolten und Rechtens gewesen, als was vernünftig, zweckmäßig und dem Landeswohl förderlich wäre, zum obersten Maaßstab dienen. Für eine einzelne Provinz bestimmt, vielleicht gar nur eine Sammlung einzelner Constitutionen, nicht ein vollständiges System des Privatrechts, dürfte es selbst als zweifelhaft anzusehen sein, ob man durch dies Landrecht dem gemeinen Rechte gänzlich derogiren wollte, ob nicht vielmehr, wie nach der Landes-Constitution v. J. 1594, alle darin nicht begriffene Fälle „nach Außagung gemeiner Keyserl. Rechte geurtheilt und justificiret" werden sollten, ob also nicht ebenso, wie in Preußen, wodurch das verbesserte Preußische Landrecht vom J. 1721 die Autorität dieser Rechte wiederhergestellt wurde [186]),

---

185) Instr. sub No. 7.

186) „Da sich je einiger Fall, der in gegenwärtiger Unserer Ordnung der Landrechten nicht begriffen, künfftiglich begeben und zutragen würde", sollte derselbe nach dem Revid. Landrecht v. J. 1685 in Gemäßheit eines Landtagsschlusses v. J. 1612, „nicht nach alten auffgehobenen Rechten, Gewohnheiten und Gebräuchen gerichtet und geurtheilet, sondern zu anderweitiger decision und dijudication ex aequo et bono, der Sachen Umbstände und Gelegenheit nach, gestellt werden", dagegen nach dem verbess. Landrecht v. J. 1721 dies erst in subsidium eintreten, zunächst aber ein solcher

so auch in der Mark dem Römischen Rechte die Bedeutung einer formell gültigen, subsidiären Rechtsquelle nach wie vor verbleiben sollte [187].

Allein von diesem Plane bloßer Particular-Landrechte, welche den Provincialismus des Rechtszustandes auch äußerlich erhalten, und sowohl den früheren legislativen Projecten sich angeschlossen, als eine Anologie mit der Rechtsverfassung des übrigen Deutschlands dargeboten hätten, ist König Friedrich Wilhelm selbst noch zurückgekommen. „Ein besonderes Landrecht in Unseren Landen einzuführen", welchem das Römische Recht nur, „in so weit es applicabel", zum Fundament dienen, für jede Provinz eine officielle Sammlung der „besonderen Jura und Statuta" beigefügt werden sollte, erklärt er in dem Rescr. v. 26. Februar 1738 als seinen Entschluß; und schon im J. 1733 scheint man nach dem oben erwähnten Rescripte an die hiesige Universität eine solche Erweiterung der legislativen Pläne vor Augen gehabt zu haben. Jeden Zweifel aber beseitigt die Notification vom 1. März d. J., wodurch Cocceji zum obersten Chef des gesammten Justizwesens bestellt wurde [188], indem diesem der König dafür zu sorgen mit klaren Worten befiehlt, „daß ein beständiges und ewiges Landrecht verfertiget [189], das confuse und theils auf Unsere Lande nicht quadrirende Jus Romanum abgeschaffet, und die unzählige Menge von Edicten gedachtem Landrecht einverleibt werde"; und so fand denn Friedrich

Fall, „wann er in dem Kayserlichen Recht ausdrücklich decidirt ist", nach diesem seine Erledigung finden.

187) Wenigstens findet sich weder in dem Rescr. selbst noch in der Instruction irgend ein Ausdruck, welcher auf die Absicht hindeutete, dem neuen Landrecht eine solche absolut derogatorische Wirkung beizulegen.

188) Mylius a. a. O. Cont. I. S. 137.

189) Selbst diese Worte sind in das Cocceji'sche Project übergegangen, wo es P. I. Lib. I. tit. 2. §. 4 heißt: „Das Haupt-Gesetze, woraus zu ersehen ist, was einem Jeden vor Rechte zustehen, ist dieses Unser generales Landrecht, welches aus der natürlichen Vernunft und Unseren Landes-Ordnungen und Verfassungen zusammengezogen ist, und als ein ewiges und beständiges Recht in allen Unsern Ländern observirt werden soll."

Digitized by Google

der Große den Weg, auf welchem das lang erstrebte Ziel gründlicher Justiz-Verbesserung erreicht werden sollte, nicht etwa bloß angebahnt, sondern in einer Weise vorgezeichnet, welche, wenn auch nicht den Wünschen des Juristenstandes, doch der Ansicht seiner Zeit zu sehr entsprach, als daß er hätte zweifelhaft sein können, sich die Pläne seines Vaters und Vorgängers anzueignen.

Die Geschichte der Fridericianischen Rechtsreform, bald nach der Thronbesteigung begonnen, und am Ende einer fast fünfzigjährigen Regierung erst der Vollendung nahe, ist bekannt genug, und über ihren Werth das Urtheil so verschieden, als in Betreff des Schicksals, welches dem particularen Rechte, und in diesem der Hauptquelle für die deutschen Elemente unseres Rechtslebens dadurch bereitet wurde, daß die Reform des gemeinen Rechts der des provincialen voraneilte, daß der späteren Gesetzgebung wie der Praxis Gleichförmigkeit des Rechtszustandes Decennien hindurch als das eigentliche Ziel ihrer Thätigkeit erschien, daß in unseren Tagen erst, zu einer Zeit, wo eigner, unmittelbar aus dem Leben gewonnener Kenntniß des Particularrechts der größere Theil des Juristenstandes entbehren durfte *), wo vielfach selbst dem Volke das Herkommen der Väter fremd geworden zu sein scheint, sich die Gesetzgebung wieder mit Ernst und Eifer und mit der sicheren Aussicht wirklichen Erfolges den schwachen Ueberresten des von Geschlecht zu Geschlecht überlieferten Rechtszustandes zugewendet habe. Immer indessen wird der schöne Ruhm, ein großes und schwieriges Werk, auf welches Wünsche und Bestrebungen zweier Jahrhunderte gerichtet waren, theils vollendet theils der Vollendung entgegengeführt zu haben, für alle Zeiten dem Gedächtnisse Friedrichs verknüpft bleiben.

*) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß hier bloß von Preußen die Rede ist, wo zwar den Provinzialrechten in dem allg. Landrecht unmittelbare Anwendbarkeit vorbehalten, aber gleichwohl in der Wissenschaft und Praxis lange Zeit wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde. R.

# Anhang.

Von Gottes Gnaden, Friderich Wilhelm König in Preußen, Marggraff zu Brandenburg, Des Heil. Römischen Reichs Ertz-Cämmerer und Chur Fürst, Souverainer Printz von Oranien, Neufchatel und Valengin etc. Unsern gnädigen Gruß zuvor. Hochgelahrte Räthe, Liebe Getreue. Nachdem Wir zu Verbesserung des Justitz Wesens in Unserer Chur Marck Brandenburg nöthig befunden, daß unterschiedliche Constitutionen durch Rechts Gelahrte Persohnen abgefaßet werden mögen, Also haben Wir in Gnaden resolviret, Euch sothane Ausfertigung einiger Constitutionen aufftzutragen. Befehlen Euch auch dabey derselben Abfaßung so gleich nach Erhaltung dieses Euch zu unterziehen. Ihr habt hiebey gewiße Puncten, derer Ihr Euch statt einer Instruction gebrauchen könt, imgleichen einer Repartition derjenigen Sachen und Materien, so Jeder aus Eurer Facultät binnen drey Monath nach Erhaltung dieses wird ausfertigen können. Sonsten habt Ihr durchgehends dahin zu sehen, daß ihr sothane Constitutionen auff das leichteste abfaßen möget, damit solche auch von dem Gemeinen Mann leichtlich können verstanden, und in allen Puncten und Materien dadurch dem weitläufftigen Processen gäntzlich möge abgeholffen werden. Uebrigens habt Ihr die expedirte Constitution binnen obgemelter Zeit an Uns zu überschicken und weitere Verordnung zu gewärtigen. Daran geschiehet Unser Wille und Wir bleiben Euch in Gnaden gewogen. Gegeben zu Berlin den 18ten Juny anno 1714.

Fr. Wilhelm.

Ordre an die
Juristen Facultät zu Halle
wegen Abfassung einiger
Constitutionen zum Land-Recht.

Digitized by Google

**Repartition derjenigen Constitutionen, welche Jeder aus der Juristen Facultät zu Halle wird ausarbeiten können.**

1. Der Consistorial-Rath und Professor Gundling *a)* soll die Constitutionen von den Pacten, von Kauff und Verkauff, und von geliehenen Guth verfertigen.
2. Der Hoff-Rath Ludwig *b)* soll die Constitution von Anlehn, nebst der gantzen Materie von Schulden Wesen ausarbeiten.
3. Der Assessor Gösche *c)* soll die Concurs Sachen in eine Constitution bringen.

---

a) Nicol. Hieron. Gundling, geb. im Nürnbergischen am 25. Februar 1671, kam nach Beendigung seiner theologischen Studien im J. 1698 als Hofmeister nach Halle, ging auf Thomasius Rath zum juristischen Studium über und ward im Jahre 1703 Doctor juris. Im J. 1706 zum außerordentlichen Professor der Philosophie ernannt, erhielt er im Jahre darauf die durch Cellarius Tod erledigte professio antiquitatum et eloquentiae, und bald darauf sowohl die für ihn speciell errichtete Nominal-Professur des Natur- und Völkerrechts in der juristischen Facultät, als eine Stelle im Consistorium des Herzogth. Magdeburg, welche verschiedenen Aemter er bis zu seinem am 9. Dezbr. 1729 erfolgten Tode behielt. Vgl. hierüber und über seine Schriften v. Dreyhaupt Beschreibung des Saalkreises. Th. 2. S. 624.

b) Joh. Peter v. Ludewig, bei Schwäbisch-Hall am 15. August 1670 geb., hatte gleich Gundling Theologie studirt, und kam im J. 1694 mit Samuel Stryck von Wittenberg, wo er in der philosophischen Facultät seit dem J. 1688 docirt hatte, an die hiesige Universität. Im J. 1695 bei der philosophischen Facultät zum Professor ernannt, wurde er im J. 1705, nachdem er das Jahr zuvor zum Dr. juris promovirt worden, ordentlicher Professor der Rechte, im Jahre 1709 Regierungs- und Consistorialrath, im Jahre 1722 Canzler der Universität, und im Jahre 1742 Canzler der Magdeburger Regierung; gestorben ist er am 6. Sept. 1743. — Ueber seine zahlreichen Schriften s. Dreyhaupt a. a. O. S. 660.

c) Andr. Götsche (nicht Gösche), der jetzigen litterarischen Welt eben so wenig bekannt, als zu seiner Zeit in Ansehen stehend, (in

Digitized by Google

4) Imgleichen soll der Rath Böhmer *d*) von Testamenten und Erbfällen, wie auch von Heuraths Pacten in zweyen Constitutionen handeln.

5) Als auch der Rath Ludovici *e*) von Haab und Guth und von zugefügten Schaden zwey Constitutionen wird abfaßen können *f*).

---

den diesseitigen Acten findet sich noch eine Protestation der Facultät gegen seine beabsichtigte Ernennung zum Ordinarius) war bei Stiftung der hiesigen Universität von Königsberg hieher gekommen, und hatte nicht bloß eine außerordentliche Professur der Rechte, sondern auch eine Assessor-Stelle im Spruch-Collegium zu erlangen gewußt; er ist zu Stettin im J. 1656 geboren und gestorben zu Halle im J. 1720. Die von ihm verfaßten 6 Dissertationen (auf diese beschränkte sich seine schriftstellerische Thätigkeit) führt Dreyhaupt a. a. O. S. 621 auf.

d) Es ist dies der berühmte Justus Henning Böhmer, geb. zu Hannover am 29. Januar 1674, kam nach zu Jena vollendeten juristischen Studien als Hofmeister auf die hiesige Universität, wo er im J. 1699 promovirte und 2 Jahre darauf außerordentlicher Professor der Rechte wurde. Im J. 1704 als Substitut Stryck's in das Spruch-Collegium eingetreten, erhielt er im J. 1711 eine ordentliche Professur der Rechte, und nachdem er inzwischen Geheimer Rath geworden, im J. 1731 die Stelle eines Directors der Universität; nach Ludwig's Tode, für welchen er schon seit längerer Zeit vicarirt hatte, erhielt er das Ordinariat in der Facultät, so wie das Cancellariat des Herzogth. Magdeburg, und starb am 23. August 1749. Ueber seine näheren Lebens-Verhältnisse und Schriften vgl. Dreyhaupt a. a. O. S. 590.

e) Jac. Friedr. Ludovici, aus Pommern, geb. am 19. September 1671, kam von Königsberg im J. 1697 nach Halle, ward im J. 1701 außerordentlicher, im J. 1711 ordentlicher Professor der Rechte, vertauschte aber im J. 1721 Halle mit Gießen, wo er den 15. Decbr. 1732 verstorben ist. Vgl. Dreyhaupt a. a. O. S. 662.

f) Außer den genannten Rechtslehrern und dem berühmten Thomasius (s. Note q) gehörten damals auch noch der Facultät Heinr. v. Bode oder Bodinus (geb. am 6. April 1612, von Rinteln

Digitized by Google

**Puncten, Wornach sich Unsere Räthe, Antecessores und Doctores Unserer Juristen Facultät zu Halle bei Abfaßung der Constitutionen zu achten haben.**

1) Es sollen dieselbe bey Abfaßung dieser Constitutionen die Natürliche Billigkeit vor Augen haben, und Sorge tragen, daß solche auch von dem Gemeinen Mann können verstanden werden.

2) Und weil das alte Römische Recht bishero zu einer Richtschnur in diesen Landen gedienet, so soll daßelben in so weit beybehalten werden, alß solches sich auff den Zustand dieser Länder schicket, und mit der gesunden Vernunfft übereinstimmet. So viel aber solches den alten Römischen Staat, deßelben Bediente, Aemter und Formulen, oder auch die verschiedene Meinungen der alten Juris consultorum angehet, soll daßelbe hinweg gelaßen, und alles nach Beschaffenheit dieses Landes abgefaßet werden. Zu solchem Ende sollen die Contractus innominati, alte Condictiones, Interdicta, und andere Römische Benahmsungen und Kunst Wörter, auch dieJenige so sonst in Rechts Händeln durch die Zeit eingeführet worden, gänzlich zum Gebrauch auffgehoben, die Benennung auff Teutsch gegeben, das Latein aber durchgehends daraus gelaßen werden; Zu welchem Ende Sie eine Lateinsche und Teutsche Nomenclatur beyfügen mögen, auff was Weise Sie die sonsten in den Gerichten und im Römischen Rechte bishero vorgekommenen Worte in Teutscher Sprach gegeben und ausgedrucket haben.

3) Damit aber dieselbe in Abfaßung solcher Constitutionen sich nach einem Exempel richten mögen, so sollen Sie derjeni-

---

im J. 1691 nach Halle berufen und im J. 1694 zugleich zum Consistorialrathe ernannt, gest. 15. September 1720) so wie als außerordentlicher Professor Sim. Pet. Gasser an (geb. 13. Mai 1676, seit dem J. 1710 Professor); allein jener hatte sich seines hohen Alters wegen von den Geschäften der Facultät zurückgezogen, letzterer war seit dem J. 1711 Assessor des hiesigen Schöppenstuhls und ging später mit dem Regierungs-Collegium nach Magdeburg, von wo er erst im J. 1720 als ordentlicher Professor hieher zurückkehrte. Vgl. Dreyhaupt S. 587 u. 619.

Digitized by Google

gen Weise folgen, deren die Verfaßere des Preußischen Land-Rechts sich bedienet haben, Jedoch mit diesem Unterscheid, daß Sie das Römische Recht so starck nicht folgen, noch an die Römische Process-Ordnung, Formulen, Gebräuche, und andere alte Römische Sachen, so aus der Römischen Historie ihren Ursprung haben, sich kehren sollen.

4) Und weilen insonderheit Unsere Willens Meinung dahin gehet, daß das viele Processen durch Abfaßung einiger Constitutionen auffhören möge, So haben Unsere Räthe, Antecessores und Doctores der Juristen Facultät dahin zu sehen, daß Sie bei Abfaßung jedes Punkts die Gelegenheit zum Processiren abschneiden, und allen Ausflüchten vorbeugen mögen, Dannenhero dieselbe insonderheit in den Sachen der Contracten und anderen wichtigen Fällen alle Mittel nach der Ihnen beywohnenden Geschicklichkeit deswegen vorzukehren wißen werden.

5) Da auch die Regeln einer guten Policei bei Verfaßung der Gesetze zur Richtschnur dienen können, so sollen dieselbe jederzeit ihre Gedancken bey Abfaßung dieser Constitutionen darnach prüfen, und im fall Sie einige wieder die Policey anlauffende Sachen in dem alten Römischen Recht finden, sollen Sie davon abzugehen kein Bedencken tragen, und deswegen Collegialiter gewiße Abrede nehmen.

6) Und da auch bey vielen Nationen es an guten Gesetzen, Gebräuchen, Handvesten und Verfaßungen nicht fehlet, so kan denselben frey stehen, dergleichen in die abzufaßende Constitutionen einfließen zu laßen, wenn nur dieselben sich auff diese Lande schicken, und zu des Landes Besten und Auffnahme gereichen können.

7) Damit aber diese Constitutiones desto vollkommener seyn mögen, sollen dieselben nachdem sie die Principia Juris Naturae allenthalben vorausgesetzet, auch auf alle vorkommende und sich ereugnende Casus oder Fälle achtung geben, dannenhero sie die Autores so von Jeder Materie ins besondere geschrieben, fleißig zur Hand haben, und solche Casus denen Constitutionen mit Großen Fleiße und Nachsinnen einverleiben sollen.

Und weilen die Chur Märkische ICti insonderheit Schep-

Digitized by Google

litz *g*), Kohl *h*), Köppen *i*), Reiger *k*), Pruckmann *l*), Müller *m*), Brunnemann *n*), Stryck *o*) und von Rhez *p*)

g) Ueber die Lebens-Verhältnisse von Joach. Scheplitz vgl. die der Pape'schen Ausgabe seiner Consuetud. electoratus et marchiae Brand. v. J. 1744 vorgedruckte Lebens-Beschreibung G. G. Küster's. Geb. am 25. Sept. 1566 studirte er zu Wittenberg, Rostock und Basel, und starb im J. 1634 als Bürgermeister (praetor) seiner Vaterstadt Wittstock.

h) Andr. Kohl, geb. in Zittau am 14. Novbr. 1568, gest. am 17. Juni 1655, wurde im J. 1605 Hof- und Cammergerichts-Rath, im J. 1630 Vicecanzler und Director des Cammergerichts, welches Amt er über 20 Jahre verwaltete (s. Hymmen's Beitr. Th. 5. S. 220). Außer seinen Exercitationes legales. Magd. 1601. kommt hier in Betracht der Tr. de pactis dotalibus cum declar. Const. Joachimicae Berlin 1650.

i) Joh. Köppen, zu Wininingen im J. 1531 geb., war seit dem J. 1560 Professor der Rechte zu Frankfurt a. d. O., trat aber später in den kurfürstl. Geh. Rath über, und starb im J. 1611. Ueber seine Schriften, insbesondere die Decisiones quaestionum illustrium (zuerst im Jahre 1600 zu Magdeburg erschienen) vgl. Hymmen a. a. O. S. 251.

k) Arnold v. Reyger, erst Rath am Altmärk. Quartalgericht, dann bei der Cüstriner Regierung, war vom J. 1620 bis zu seinem Tode im J. 1627 kurfürstl. Vicekanzler (vgl. Hymmen a. a. O. S. 215). Von seinen Schriften (Lipenii biblioth. Index p. 253) kommen wohl hauptsächlich die Diatribarum Lib. IV. Jena 1592 und Exercit. practicae Magd. 1603 in Betracht.

l) Friedr. Pruckmann, von dessen Schriften (Lipenius l. l. p. 242) die Responsa juris electoralis (im J. 1605 und öfters gedruckt) vor allem in Ansehen standen, war zu Frankfurt a. d. O. am 4. Febr. 1562 geboren, und ist, nachdem er vom Cammergerichtsrath (1586) zur höchsten Würde eines Canzlers (1616) aufgestiegen, am 25. Jan. 1630 gestorben. Vgl. Hymmen a. a. O. S. 215.

m) Ueber Friedr. Müller's, des Verf. der Practica civilis Marchica rerum forensium. Berl. 1678, Lebens-Umstände vermag ich nichts Näheres anzugeben, als was aus Titel und Vorrede dieses Buchs erhellt, daß er nämlich, aus Berlin gebürtig, nach Vollendung seiner Studien zu Frankfurt, Wittenberg, Leipzig und Rostock, in seiner Vaterstadt advocirt und in städtischen Aemtern gestanden hat.

Note n), o) und p) s. die folgende Seite.

Digitized by Google

Große Nachrichten von den Rechts Gebräuchen dieses Landes gehabt haben, so werden die Verfaßere derselben Schrifften vor Augen haben, und dahin sehen, daß solche Gebräuche in ihre abzufaßende Constitutiones einfließen mögen.

8) Dieweilen aber es sich zutragen kan, daß ein und andere aus ihrem Mittell von dem bisherigen Gemeinen Rechten abgehen möchte, so soll derselbe Jederzeit die Uhrsach in seinem Discurs deßelben beyfügen.

9) Jmgleichen sollen bei jedem Punct die Autores oder Leges allegiret werden, woraus Sie ihre Meinung genommen haben, damit mit der Zeit Jhre Intention und Meinung desto beßer möge verstanden werden.

10) Dieweiln auch die Rechts Gelahrten in vielen Fällen unter sich verschiedener Meinung seyn, so sollen Unsere Räthe,

---

n) Dieser bekannte Rechts-Lehrer der Univ. Frankfurt, geb. zu Cöln an d. Spree am 5. April 1608; erst Mitglied der philosophischen, seit dem J. 1640 der juristischen Facultät, in welcher er vom J. 1653 bis zu seinem Tode im J. 1672 das Ordinariat verwaltete, hat kein besonderes Werk über Märkisches Recht geschrieben, aber durch beiläufige Berücksichtigung desselben und in Folge des Antheils, welchen damals noch die juristischen Facultäten und vor allem die der Frankfurter Landes-Universität an der Rechtspflege nahmen, seinen anderweitigen zahlreichen Schriften (s. Hymmen a. a. O. Th. 4. S. 278 flg., Lipenius l. l. p. 40) vorzügliches Ansehn in foro zu verschaffen gewußt.

o) Dies ist der berühmte Samuel Stryck, geb. zu Lentzen am 20. Novbr. 1640, gest. zu Halle am 23. Juli 1710, welcher von 1668 — 1690 gleichfalls der Univ. Frankfurt angehört hatte, in letzterem Jahre nach Wittenberg abging, aber schon einige Jahre darauf bei Stiftung der Universität als Director derselben und Ordinarius der Juristen-Facultät hieher berufen wurde. Ueber seine Lebensverhältnisse und Schriften vgl. Dreyhaupt a. a. O. S. 731 und Hymmen a. a. O. Th. 5. S. 177.

p) Joh. Friedr. Rhetius oder v. Rhez, aus Brandenburg gebürtig, war ebenfalls von 1660 1682, wo er in den kurfürstlichen Geheimen Rath berufen wurde, Professor der Rechte zu Frankfurt a. d. O.; er starb im J. 1707. Vgl. über seine Schriften Hymmen a. a. O. Th. 4. S. 294 und Lipenius l. l. p. 254.

Digitized by Google

Antecessores und Doctores der Juristen Facultät darüber conferiren, und die Jenige erwehlen, so der gesunden Vernunft am nechsten kömmet, in welchem Fall jeder seine Meinung schrifftlich beylegen, übrigens aber die Entscheidung Unserem Geheimbten Raht Thomasio q) als Ordinario überlaßen sollen.

11) Es soll auch Unser Geheimbter Rath Thomasius nach seiner Uns bekannten Dexterität und Gelehrsamkeit die Direction in Verfaßung dieser Constitutionen führen, derowegen die Fünff untere Doctores der Facultät von Zeit zu Zeiten mit demselben conferiren, und deßen Raths erholen sollen.

12) Es soll auch gedachter Unser Geheimbter Rath Thomasius von Zeit zu Zeit die abgefaßte Constitutiones revidiren, und Acht haben, daß der Stylus deutlich, leicht und gleichförmig seyn möge: Auch soll Er, so offt Er befraget wird, seine Meinung denselben eröffnen, welcher die Uebrigen in so weit folgen sollen, damit ohne Auffenthalt und Verlust der Zeit Unsere Willens Meinung erhalten werden möge.

13) Es sollen auch die Concipienten dieser Constitutionen einen geschriebenen Discurs über Jede Constitution so Sie verfertigen mit beylegen, und ihre Gedancken eröffnen, wie insonderheit bey Jeder Materie, so Sie ausgefertiget, dem Processen könne vorgebeuget werden, Insonderheit wie weit bei

---

q) Christ. Thomasius, geb. zu Leipzig am 1. Jan. 1655, und seit dem Jahre 1680 Privat-Docent daselbst, sah sich bekanntlich im J. 1690 genöthigt, seine Vaterstadt zu verlassen, und in Halle bei der dortigen Ritter-Academie angestellt, gab er durch den Beifall, welcher ihm zu Theil wurde, und eine große Zahl junger Leute herbeizog, die Hauptveranlassung zur Stiftung der hiesigen Universität, bei welcher er als Professor und Senior der Juristen-Facultät eintrat, und nach Stryck's Ableben bis zu seinem am 23. Septbr. 1728 erfolgten Tode das Ordinariat erhielt. Ueber sein Leben und seine Schriften vgl. Dreyhaupt a. a. O. S. 735; in welchem Ansehen er bei Hofe stand, zeigt die obige Instruction, welche zugleich für die frühere Stellung des hiesigen Ordinarius (s. meinen Art. über Ordinarius in Ersch und Gruber Encyclop. Sect. III. Bd. 4. S. 511) Aufschluß zu geben geeignet ist.

Digitized by Google

einer abzufaßenden Process-Ordnung auff Jede Materie könne reflectiret werden.

14) Damit auch keine gegeneinander lauffende Gesetze und Meinungen in diese Constitutionen einschleichen mögen, so sollen die Verfaßere unter sich ihre Auffätze communiciren, als auch Unser Geheimbter Rath Thomasius darauff Achtung zu geben wißen wird.

15) Wan nun angeregter maßen von Puncten zu Puncten verfahren wird, soll Jede Constitution zierlich und accurat geschrieben, von dem Ordinario und Concipienten unterschrieben, und in duplo an Uns binnen angeregter Zeit eingeschicket werden.

---

Digitized by Google

# II.

Ueber die

# staatsrechtliche Stellung

## der ehemaligen Reichs-Ritterschaft zur Landesverfassung im Allgemeinen und deren Gerichtsstand in Polizei-Sachen insbesondere; im Hinblick auf neuere Bestimmungen im Königreich Württemberg.

Von

**Dr. E. A. Th. Laspeyres,**

ordentl. Professor der Rechtswiss. zu Halle.

---

### Vorbemerkung.

In dem Entwurf des im Jahr 1839 den Württembergischen Ständen zur Schluß-Berathung vorgelegten Polizei-Strafgesetzes war Seitens der Regierung den Mitgliedern der standesherrlichen Familien ein eximirter Gerichtsstand in Polizei-Sachen zugesichert worden, indem dieselben nicht den gewöhnlichen unteren Polizei-Behörden, den Orts-Obrigkeiten nemlich und Bezirks-Aemtern, sondern lediglich den Kreis-Regierungen in dergleichen Fällen unterworfen sein sollten. Eine gleiche Exemtion ward in der Kammer der Abgeordneten zu Gunsten des ritterschaftlichen Adels in Antrag gebracht, indessen mit entschiedener Majorität abgelehnt, und zuletzt nur den Mitgliedern der ehemaligen Reichsritterschaft so viel bewilligt, daß sie innerhalb ihrer eignen Besitzungen, wo sie selbst die Polizei auszuüben oder die Ortsvorsteher zu ernennen berechtigt wären, einer Befreiung von der Orts-Polizeigewalt genießen, und vor den Oberämtern ihren polizeilichen Gerichtsstand haben würden. Auf Gleichstellung der Mediatisirten und der Ritterschaft bestand



Digitized by Google

zwar anfangs die Kammer der Standesherren; doch einigten sich beide Kammern zuletzt compromißweise *) des gemeinsamen Beschlusses, daß allen ritterschaftlichen Familien, nicht bloß den Mitgliedern der ehemaligen Reichsritterschaft, rücksichtlich der auf ihrem eignen Besitzthume begangenen Polizei-Uebertretungen ein eximirter Gerichtsstand, allein nicht vor den Kreisregierungen, sondern bloß vor dem Oberamte, zugestanden wurde, und dieser Beschluß erhielt sowohl die Zustimmung der Regierung, als demnächst unterm 2. Oct. 1839 durch Publikation des neuen Polizei-Strafgesetzes formelle Gültigkeit [1]).

Mit Bezug auf diese ständischen Verhandlungen, übrigens von einer Seite her, wo es an persönlicher Betheiligung sowohl, als amtlicher gänzlich fehlte, wurde ich vor einiger Zeit zu gutachtlicher Aeußerung darüber veranlaßt, ob und in wie weit die zur vormaligen unmittelbaren Reichsritterschaft gehörigen Familien auf privilegirten Gerichtsstand in Polizei-Sachen einen rechtsbegründeten Anspruch erheben könnten. Besondere Umstände bewogen mich, das

---

*) Anm. der Herausgeber.
Compromißweise nicht, sondern im Wege verfassungsmäßiger Verabschiedung. Uebrigens haben sich einzelne Mitglieder der ritterschaftlichen Körperschaften in Württemberg mit obigem Beschlusse und der darauf gegründeten gesetzlichen Bestimmung unzufrieden erklärt und deßhalb der deutschen Bundesversammlung eine Beschwerde eingereicht, worin sie Gleichstellung der vormals reichsritterschaftlichen Familien mit den standesherrlichen auch in Hinsicht auf die polizeilichen Instanzen verlangen. Diese Beschwerde ist der königlichen Regierung zur Aeußerung mitgetheilt worden, und hat unsres Wissens bis jetzt keine Erledigung gefunden. Dadurch gestaltet sich nun aber die Frage practisch zunächst für Würtemberg; was es entschuldigen wird, wenn auf die dortigen Bestimmungen an einigen Stellen (§. 3. 13) eigens eingegangen worden, während der Standpunkt der Untersuchung im Ganzen der gemeinrechtliche ist. R.

1) Vgl. Knapp, das Polizei-Strafgesetz für das Kön. Württemberg mit Erläut. Stuttg. 1840. S. VII ff., v. Mohl, das Württembergische Polizei-Strafgesetz vom 2. Oct. 1839, §. 2 im: Archiv des Crim. Rechts. Neue Folge. Beilage-Heft v. 1840. — S. auch Augsb. Allg. Zeit. J. 1839. Nr. 139 u. Beil. Nr. 139.

Digitized by Google

bereits entworfene Gutachten zurückzubehalten, welches ich zu einer die gesammte Lehre von dem Gerichtsstande der ehemals reichsritterschaftlichen Geschlechter umfassenden Abhandlung später zu benutzen gedachte. Anderweitige litterarische Unternehmungen haben mir jedoch weder bisher die Ausführung dieses Planes gestattet, noch lassen sie für die nächste Zukunft die nöthige Muße zu einer Arbeit hoffen, welche möglichst vollständige Berücksichtigung der Verfassung und Verwaltung der einzelnen deutschen Bundesstaaten erfordern würde, wenn sie zu irgend genügender Lösung jener Aufgabe führen soll. Von Seiten gelehrter Freunde, denen ich den Entwurf des Rechtsgutachtens mitgetheilt hatte, bin ich aber wiederholt aufgefordert worden, das Ergebniß meiner Untersuchungen lieber in der vorliegenden Gestalt, welche durch deren äußere Veranlassung bedingt war, zur allgemeinen Prüfung vorzulegen, als es gänzlich derselben zu entziehen, da die jetzigen eigenthümlichen Rechtsverhältnisse der Reichsritterschaft bisher nur in geringem Maaße Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung geworden wären, während der Rechtszustand der standesherrlichen Familien mehrfache und ausgezeichnete Bearbeitung gefunden habe. Dies möge mir zur Entschuldigung gereichen, und nachsichtige Beurtheilung sichern, wenn ich von der Erklärung der verehrten Redaktion dieser Zeitschrift, daß letztere auch zur Mittheilung praktischer Arbeiten dienen solle, Gebrauch mache, und jenes Rechtsgutachten nach Form und Inhalt im Wesentlichen so vorzulegen mir erlaube, wie es damals mit beschränkten Hülfsmitteln und in eng begränzter Zeit von mir entworfen worden ist. Die Mängel meiner Arbeit verkenne ich nicht; dient sie aber auch nur dazu, die Aufmerksamkeit auf ein bisher wenig beachtetes, gleichwohl eben so interessantes als praktisch wichtiges Gebiet unseres heutigen Staatsrechts hinzulenken, und zu dessen gründlicherer Bearbeitung anzuregen, so dürfte deren Mittheilung wohl gerechtfertigt erscheinen.

---



Digitized by Google

# I. Geschichtliche Einleitung.

## 1) Mediatisirung der Reichs-Ritterschaft durch Auflösung der Reichsverfassung und Stiftung des Rheinbundes.

### §. 1.

Bei der Umwälzung, welche die Deutsche Reichsverfassung mit dem Verlust des linken Rheinufers und mit der im Lüneviller Frieden definitiv beschlossenen, durch den Regensburger Reichsdeputations-Hauptschluß vom 25. Februar 1803 in's Werk gesetzten Säcularisation der geistlichen Territorien erlitt, war diesseits des Rheines die unmittelbare freie Reichs-Ritterschaft glücklich noch — vielleicht mehr, weil die Beute sicher, als weil sie nicht erwünscht schien — dem Schicksale entgangen, welches, gleich den geistlichen Stiftern, unerwartet auch die Mehrzahl der freien Städte der Landeshoheit derjenigen Reichsfürsten unterwarf, innerhalb deren Gebiete sie belegen waren. Während auf dem linken Rheinufer die reichsritterschaftlichen Familien nicht einmal überall das Eigenthum ihrer angestammten Güter retteten, blieb ihnen unter Deutscher Hoheit die seit Jahrhunderten genossene, persönliche wie dingliche, Reichs-Unmittelbarkeit, nebst dem Besitze aller in den reichsritterschaftlichen Gebieten zeither geübten landesherrlichen Gerechtsame; bei Ratification des Regensburger Hauptschlusses bestätigte auch der Kaiser, dem desfallsigen Reichsgutachten vom 24. März 1803 gemäß, ausdrücklich den bisherigen Rechtszustand der Reichs-Ritterschaft in seiner vollen Integrität [2]). Gleichwohl erfolgte noch in demselben Jahre von Seiten mehrerer Deutscher Reichsstände, unter verschiedenen, durch frühere Differenzen in reichster Auswahl dargebotenen Vorwänden, eine eigenmächtige Occupation reichsritterschaftlicher Gebiete, welche durch das, vom gesammten Corpus equestre bei dem Reichs-Hofrathe extrahirte mandatum conservatorium vom 23. Januar 1804 [3]) nur hie und da, und in sehr unvollständiger Weise rückgängig wurde. Entscheidend aber wurde für die Reichs-

---

2) G. v. Meyer, Corp. jur. confoed. German. T. I. p. 73.

3) Schöll, histoire abrégée des traités de paix etc. T. VII. p. 157.

Digitized by Google

Ritterschaft der Wiederausbruch der Feindseligkeiten zwischen Frankreich und Oesterreich im J. 1805. Wegen angeblich dem Kaiserhause geleisteter Kriegshülfe ermächtigte ein Französischer Kriegsbefehl vom 19. December die Kurfürsten von Baiern, Wirtemberg und Baden, von allen innerhalb ihrer Territorien belegenen Gütern der „bisherigen" Reichs-Ritterschaft Besitz zu ergreifen, und dieser Zusatz ließ über das ihnen zugedachte Schicksal keinen Zweifel übrig [4]). Im Presburger Frieden vom 26. December dess. J. sah sich der Kaiser zu stillschweigender Genehmigung dieser eigenmächtigen Reunionen genöthigt, indem er jenen Fürsten nicht bloß für ihre neuen wie alten Gebiete volle Souveränetät und alle daraus herfließende Rechte zugestand, sondern auch als Kaiser und Mitstand sich im Art. 14 verpflichtete, allem, was dieselben in Folge dessen gethan hätten oder thun würden, keinerlei Hinderniß entgegenzustellen, zugleich im Art. 15 ganz unbeschränkter Weise allen und jeden Rechten und Ansprüchen auf sämmtliche Staaten, Besitzungen und Gebiete im Bairischen, Schwäbischen und Fränkischen Kreise entsagte [5]). Wenige Monate darauf zerstörte die Stiftung des Rheinbundes die letzte, sicherlich schwache Hoffnung der Reichs-Ritterschaft auf Restitution in ihre Rechte, und unterwarf diese Classe von Reichsangehörigen, für ihre Personen wie Güter, definitiv der souveränen Landeshoheit der Rheinbunds-Fürsten. Denn neben specieller Ueberweisung einer großen Zahl von bisher reichsständischen Gebieten fürstlicher und gräflicher Geschlechter, über welche die Mitglieder des neuen Bundes fortan tous les droits de souveraineté auszuüben berechtigt sein sollten, ermächtigte die Bundesacte vom 12. Juli 1806 im Art. 25; dahin lautend:

> Chacun des Rois et Princes confédérés possédera en toute souveraineté les terres équestres enclavées dans ses possessions; quant aux terres équestres entreposées entre deux des Etats confédéres, elles seront partagées, quant à la

---

4) Vgl. Geschichte der s. g. Mediatisirung mehrerer vormaliger Reichsfürsten und Reichsangehörigen, im: Archiv für standes- und grundherrl. Rechte und Verhältnisse. Heilbronn 1821 flg. Bd. I. H. 1. S. 129.

5) Martens, récueil des principaux traités. Suppl. T. IV. p. 216.

Digitized by Google

souveraineté, entre les deux Etats aussi également que faire se pourra.

die sämmtlichen Rheinbunds-Fürsten zur Besitznahme und Mediatisirung aller innerhalb ihrer Landesgrenzen belegenen reichsritterschaftlichen Besitzungen, welche Gewalt-Maaßregel, durch Auflösung des Reichs stillschweigend gleichsam bestätigt, in dem Maaße, als der Rheinbund sich erweiterte, nach und nach über die Gesammtheit des ehemals reichsunmittelbaren niederen Adels ausgedehnt wurde.

2) Rechtszustand der ehemaligen Reichs-Ritterschaft zur Zeit des Rheinbundes und Inhalts der Deutschen Bundesacte.

§. 2.

Ueber die politische und privatrechtliche Stellung des früheren Reichsadels zu ihren nunmehrigen neuen Landesherren hatte die Rheinbunds-Acte speciellere Festsetzungen nicht beliebt. – Weder der Umfang der den Landesherren zugesprochenen Souveränetäts-Rechte ist dadurch näher bestimmt, noch festgestellt worden, welche Gerechtsame fortan in persönlicher Hinsicht oder rücksichtlich ihres bisherigen Besitzthums den reichsritterschaftlichen Familien zustehen, welche Pflichten ihnen in beiderlei Beziehung obliegen sollten. Mit der oben erwähnten allgemeinen Erklärung hatte sich die Bundesacte begnügt, durch die Zweideutigkeit des Wortes possédera scheinbar sogar den Besitzstand und das Eigenthumsrecht der so gewonnenen neuen Unterthanen in Frage gestellt. Der unmittelbar folgende Art. 26 [6]) zählte zwar die einzelnen Souveränetätsrechte auf, welche auf les droits de legislation, de jurisdiction suprême, de haute police, de conscription militaire ou recrutement et d'impôt beschränkt sein sollten. Allein in den weiteren Artikeln, wo die mit dem Domanialbesitze der nunmehr mediatisirten Herren verbundenen Regalien und sonstigen Gerechtsame aufgezählt werden, und denselben einzelne persönliche Vorrechte zugesichert sind, ist überall nur von den Princes et Comtes actuellement regnans die Rede, und darunter die reichsritterschaftlichen Geschlechter mit zu begreifen, war um so weniger möglich, als denselben bekanntlich nicht sowohl eine wirkliche Landes-

6) Martens a. a. O. p. 322 und v. Meyer a. a. O. S. 102.

Digitized by Google

hoheit im wahren und vollen Sinne des Worts über ihre Besitzungen zustand, als vielmehr nur einzelne landesherrlich-obrigkeitliche Gerechtsame in Folge unbezweifelten Herkommens oder besonderer kaiserlicher Privilegien gebührten [7]. Meist ward daher auch, obschon es nicht unbestritten blieb, von den verbündeten Fürsten wie von den Rheinbunds-Publicisten jene Aufzählung der eigentlichen Souveränetätsrechte nicht als allgemeine Norm betrachtet, welche für alle der Landeshoheit damals unterworfene Reichsangehörige in gleicher Weise maaßgebend sei, sondern man beschränkte den erwähnten Artikel des Bundesvertrags auf diejenigen Geschlechter, welche bis dahin selbst Reichsstandschaft und wahre Landeshoheit besessen hätten, auf die Standesherren im Sinne des heutigen Bundesrechts, und fand darin gleichsam nur das leitende Motiv zu den einzelnen Festsetzungen der folgenden Artikel, ohne daß dadurch der Umfang der durch jene einseitigen Mediatisirungen den Bundesmitgliedern überhaupt gewonnenen Rechte in scharf bestimmte und unabänderliche Grenzen hätte eingeschlossen werden sollen.

Je weniger nun in den einzelnen Rheinbunds-Staaten selbst den früher reichsständischen Fürsten- und Grafenhäusern diejenigen Rechte unverkürzt blieben, welche ihnen durch ausdrückliche und unzweideutige Zusicherung der Rheinbunds-Acte garantirt waren, je mehr die Legislation jener Zeit, die bisherige Verfassung und Verwaltung in Organisations-Edicten aller Art völlig umgestaltend, theils von einem falschen, jedenfalls über Recht und Gebühr erweiterten Begriffe der Souveränetät ausging, theils von der Ansicht geleitet wurde, daß für die neue Ordnung der Dinge der frühere Rechtszustand so wenig zum Ausgangspunkte dienen, als eine beschränkende Norm abgeben könne, je verbreiteter endlich die irrige Voraussetzung war, daß den bisherigen politischen und sonstigen Rechten der Unterthanen, ohne ausdrückliche Bestätigung, jeder Anspruch auf Fortbestand fehle, und daß sie beim Mangel directer Garantie keineswegs schon um deßhalb als fortdauernd zuständig gelten könnten, weil sie direct auch nicht aufgehoben, und mit der wahren und wesentlichen Bedeutung der neu gewonnenen Souveränetät gleich-

---

7) Pfeiffer's Versuch eines Staatsrechts der ohnmittelb. freien Reichsritterschaft, Heilbr. 1778. Thl. 2. S. 73 ff. Eichhorn's Deutsche Staats- und Rechts-Gesch. 4. Ausg. Thl. 4. §. 539.

Digitized by Google

wohl nicht unvereinbar wären; um so weniger darf es befremden, wenn in Betreff der Reichsritterschaft, deren frühere Stellung zur Reichs-Staatsgewalt in aller Weise eigenthümlich gewesen war, über deren künftiges Verhältniß zu den neuen Oberherren es an förmlicher Garantie nicht bloß, sondern selbst an jeder näheren Bestimmung fehlte, in den einzelnen Gebieten des Rheinbundes eine Gesetzgebung eintrat, welche von den bisherigen Gerechtsamen jener Familien und den eigenthümlichen Verhältnissen ihrer Güter nicht minder abstrahirte, als von den Zusicherungen, welche die Rheinbunds-Acte für die eigentlichen Standesherren enthielt. Wie verschiedenartig auch im Einzelnen die zahlreichen Edicte und Verordnungen sind, welche, bald einander ergänzend, häufiger noch in immer anderer Weise, zu jener Zeit über die Verhältnisse des Adels ergingen [8]), darin kommen sie doch mehr oder weniger überein, daß die Gesetzgebung, wo nicht gar alle politischen Standesvorrechte des Adels völlig zu beseitigen, doch die ehemalige Reichsritterschaft dem von jeher mittelbaren Landesadel wo möglich ganz zu assimiliren bedacht war, und diesen ehemals reichsunmittelbaren, wenn schon nicht landesherrlichen Familien weder eine gleiche, noch auch nur eine ähnliche Stellung zur Landesherrschaft und unter den Landesunterthanen einräumen wollte, als die früher reichsständischen Geschlechter bei dem Verluste ihrer Landeshoheit und Unabhängigkeit gerettet hatten.

Erst bei den Verhandlungen des Wiener Congresses ward es officiell wieder anerkannt, und als leitendes Princip betrachtet, daß zwischen den ehemaligen „Reichsständen", und den im J. 1806 und seitdem mittelbar gewordenen übrigen „Reichsangehörigen" zwar nicht völlige Gleichheit der Rechtsansprüche, aber doch evident eine Analogie der rechtlichen Verhältnisse bestehe, und von Anfang an hätte festgehalten werden müssen, daß die früheren Rechtsverhältnisse der Reichsritterschaft zur Zeit des Deutschen Reichs auch für deren künftigen Rechtszustand theilweise immer noch maaßgebend seien, und dieser nicht weniger, als die Stellung der ehemals reichsstän-

8) Vgl. Neff's Uebersicht der neueren Verhältn. des Deutschen Reichsadels in den Staaten des rhein. Bundes, in: Winkopp, der Rheinische Bund, Bd. VII, S. 199 ff. Klüber's öffentl. Recht des Teutschen Bundes, 3. Aufl. §. 326.

Digitized by Google

dischen Familien zu ihren jetzigen Landesherren, gleichförmig und bleibend für alle Bundesstaaten geordnet werden müsse. Das Resultat der desfallsigen Verhandlungen, bei welchen gleich den Standesherren die reichsritterschaftlichen Geschlechter durch Bevollmächtigte ihre rechtlichen Interessen wahrzunehmen gesucht hatten [9]), ward im Art. 14 der Deutschen Bundesacte niedergelegt. In zweierlei Beziehungen wurde „dem ehemaligen Reichsadel" — übrigens nur auf dem rechten Rheinufer, da in den zu Lüneville abgetretenen, nun wieder gewonnenen Provinzen „diejenigen Beschränkungen, welche die dort bestehenden besondern Verhältnisse nothwendig machen", sollten stattfinden können — völlige Gleichheit mit den fürstlichen und gräflichen, ehemals reichsständischen Häusern zugestanden, in Betreff nemlich der unbeschränkten Freiheit zur Wahl des Aufenthalts, so wie rücksichtlich der Aufrechthaltung der noch bestehenden Familienverträge und der Befugniß zu autonomischen Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältnisse. Analog den standesherrlichen Familien wurde aber noch den reichsritterschaftlichen Geschlechtern „Antheil der Begüterten an Landstandschaft, Patrimonial- und Forstgerichtsbarkeit, Ortspolizei, Kirchenpatronat und der privilegirte Gerichtsstand zugesichert". Nähere Bestimmungen über Umfang und Beschaffenheit dieser Vorrechte, wie sie zum Theil wenigstens bei den ähnlichen Zusicherungen für die Standesherren beliebt worden waren, ergingen indessen nicht, und dieser Mangel war nicht weniger, als die beigefügte Erklärung; „diese Rechte werden jedoch nur nach Vorschrift der Landesgesetze ausgeübt", dazu wohl geeignet, einen „gleichförmig bleibenden Rechtszustand in allen Bundesstaaten" zu erschweren, ohne Zweifel auch der nächste Anlaß zu den mancherlei Differenzen, welche bei unvermeidlicher Collision der beiderseitigen Interessen gar bald in mehreren Territorien, insbesondere im Königreiche Württemberg, über Sinn und Bedeutung wie über die rechtlichen Folgen jener bundesmäßigen Zusicherungen entstanden, zum großen Theile ihre definitive Erledigung noch erwarten, und auch mit der hier zu erörternden Rechtsfrage in engstem Zusammenhange stehen.

---

9) Klüber's Uebersicht der diplom. Verhandl. des Wiener Congresses, Abthl. III, Nr. 6, vgl. mit Abthl. II, Nr. 5.

Digitized by Google

## 3) Uebersicht der Württembergischen Gesetzgebung in Betreff der Rechtsverhältnisse der ehemaligen Reichs-Ritterschaft.

### §. 3.

In dem Königreiche Württemberg, welches, seit im sechszehnten Jahrhundert der Adel sich gänzlich vom Lande trennte und der Reichs-Ritterschaft anschloß [10]), eine eigene Ritterschaft als politischen Stand gar nicht mehr besessen, sondern nur einzelne landsäßige Adelsfamilien theils durch Ansiedelungen, theils durch Standeserhöhungen gewonnen hatte, bis jene Mediatisirung der Rheinbunds-Acte den früheren Landesadel größtentheils wieder unter die fürstliche Hoheit des einstigen Landesherrn zurückführte, beruhte die alsbald über die Rechtsverhältnisse des Adels beliebte neue Gesetzgebung entschieden auf jenem oben angedeuteten Prinzipe des rheinbündischen Staatsrechts, auf dem Prinzipe nemlich möglichster politischer Gleichstellung der verschiedenen Klassen von Unterthanen, und deren gleichmäßiger Unterwerfung unter die nun für unumschränkt geltende Gewalt des Landesherrn, so wie unter die Autorität der landesfürstlichen Behörden, sodann aber gänzlicher Hintansetzung des bisherigen Reichsstaatsrechts, welches so wenig Berücksichtigung fand, daß selbst zwischen den ehemals reichsständischen, nun mediatisirten Familien und dem von jeher landsäßigen Adel kaum noch eine Verschiedenheit des Rechtszustandes fortbestand.

Bei der neuen Landesorganisation, welche unter völliger Beseitigung der althergebrachten Verfassung mit dem Beginne des J. 1806 in's Leben trat [11]), verblieben allerdings dem Adel noch einzelne Vorrechte, indem das Organisations-Manifest vom 18. März 1806, §. 26 ff. u. 51 ff. [12]) alle wesentlichen Regalien zwar dem Landesherrn vorbehielt, aber doch den Ritterguts-Besitzern den ferneren Genuß ihrer bisher rechtmäßig bezogenen gutsherrlichen und sonstigen Revenuen zusicherte, Exemtion von gewissen Steuern, so wie einen privilegirten Gerichtsstand, obschon ohne ausdrückliche Aus-

---

10) Reyscher, Samml. der Württemb. Gesetze, Einleitung §. 92, 93 u. 216, Thl. I, S. 123 u. 282.

11) Reyscher a. a. O. Einl. §. 366 ff., Thl. III, S. 48 ff.

12) Ebend. Thl. III, S. 247 ff.

Digitized by Google

dehnung auf sämmtliche Familienglieder, bewilligte, unter gewissen Modalitäten auch die mit den Rittergütern bisher verbundene Patrimonial-Jurisdiction in Civil-, Straf- und Forst-Sachen anerkannte. Erweiterungen und Modificationen erlitt diese Organisation gar nicht, als die bisher nur militärisch occupirten Güter der Reichsritterschaft durch die Rheinbunds-Acte definitiv unter Württembergische Hoheit kamen; unbedeutende nur wurden in Betreff der großen Zahl von reichsständischen Familien und Gütern beliebt, welche gleichzeitig ihre bisherige Unmittelbarkeit verloren, so daß nicht bloß die reichsritterschaftlichen Geschlechter, sondern auch die nunmehr standesherrlichen Häuser dem Landesadel gewissermaßen gleichgestellt waren. Während jenes Manifest den Umfang der dem Landesherrn vorbehaltenen Regalien überall nicht näher bestimmt hatte, entzog es zugleich den Rittergütern manche bis dahin als Ausfluß der Gutsherrlichkeit behandelte Gerechtsame unter dem Vorwande, daß sie der obersten Landes-Polizeigewalt gebührten, und um so weniger entsprach diese Organisation vom J. 1806 den Anforderungen, welche jene neuen Unterthanen auf Grund ihres bisherigen Rechtszustandes zu erheben sich für befugt erachten durften. Noch größeren Beschränkungen aber und den empfindlichsten Kränkungen ihrer althergebrachten, wohlbegründeten Gerechtsame unterlag der standesherrliche und reichsritterschaftliche Adel in Folge späterer Edicte und Verwaltungsmaaßregeln [13]), namentlich durch das General-Rescript vom 10. Mai 1809 [14]), welches ohne alle Einschränkung und Entschädigung die gesammte Patrimonial-Gerichtsbarkeit der Standesherren wie der Ritterschaft für aufgehoben erklärte.

Bei solcher Sachlage waren die Württembergischer Landeshoheit unterworfenen reichsritterschaftlichen Häuser vor Allem bei dem Ausgange der Wiener Congreß-Verhandlungen interessirt, zumal der Verfassungs-Entwurf vom 15. März 1815, mit dessen Vorlegung der bekannte, erst im J. 1819 erledigte Verfassungs-Streit [15]) begann, im §. 67 die fortdauernde Gültigkeit der „bisherigen Gesetze, Verordnungen und Rechte" in allen durch den Entwurf „nicht abgeänderten Punkten" aussprach, und ausgehend von dem im §. 53

13) Reyscher a. a. O. S. 63—68.

14) Winkopp a. a. O. Thl. XI, S. 326 ff.

15) Reyscher a. a. O. Einl. §. 384 ff. Thl. III, S. 75 ff.

Digitized by Google

aufgestellten Grundsatze: „Alle Unterthanen sind vor dem Gesetze gleich“, die staatsbürgerlichen Rechtsverhältnisse der Mediatisirten sowohl als der ehemaligen Reichsritterschaft, abgesehen von der ihnen durch besondere Decrete verliehenen Landstandschaft, ganz unerörtert ließ, anscheinend somit deren Lage unverändert bleiben sollte [16]). Anfangs schien jedoch die Württembergische Regierung überall nicht zu Berücksichtigung der im Art. 14 der Bundesacte den ehemaligen Reichsangehörigen ertheilten Zusicherungen geneigt; wenigstens erging noch unterm 18. Oct. 1815, obschon bereits am 1. Sept. die, freilich erst am 5. Nov. der Bundesversammlung übergebene, unbedingte Beitrittserklärung zur Bundesacte erfolgt war, auf ein desfallsiges Gesuch der Standesherrn ablehnender Bescheid unter der Erklärung, „die unter dem Titel „„teutsche Bundesacte““ herausgekommene vorläufige Verfassung nicht ratificirt noch agnoscirt zu haben“ [17]). Erst in Verbindung mit dem von König Wilhelm I. unterm 3. März 1817 den Ständen vorgelegten zweiten Verfassungs-Entwurfe [18]) wurde als dessen Anlage ein eignes Adelsstatut publicirt [19]), welches „die besonderen Rechtsverhältnisse“ der Standesherren und der Ritterschaft zu ordnen bestimmt war. Allein nicht bloß, daß hier keinerlei Unterschied zwischen dem von jeher landsäßigen und dem ehemals reichsunmittelbaren Adel statuirt wurde, und daß der letztere so wenig als die Standesherren dies Statut in völligem Einklange mit dem Art. 14 der Bundesacte erachtete, kam es auch, da jener Verfassungs-Entwurf bald wieder zurückgezogen wurde, nicht einmal zu ordnungsmäßiger Erledigung dieser Angelegenheit, indem zwar die Regierung, welche die Landes-Verwaltung inzwischen nach jenem Entwurfe führen zu wollen erklärte [20]), das Adelsstatut als ein in anerkannter Wirksamkeit bestehendes Landesgesetz behandelte [21]), der Adel selbst hingegen dasselbe theils als still-

16) Reyscher a. a. O. Thl. III, Nr. 130.

17) Klüber's Uebersicht u. s. w. Abthl. II, S. 325, Archiv für standes- und grundh. Rechte, Thl. I, H. 2. S. 189.

18) Reyscher a. a. O. Thl. III, Nr. 150.

19) Archiv für standesh. Rechte a. a. O. S. 227 ff.

20) Reyscher a. a. O. S. 445.

21) Verordn. vom 31. Dez. 1818, betr. die Organisation der unteren Verwaltung, bei: Pölitz, die Europ. Verfass. seit dem J. 1789, Thl. I, S. 426 ff.

Digitized by Google

schweigend mit jenem Entwurfe zurückgenommen ansah, theils wegen Nichtgewährung der bundesmäßigen Rechte als bindende und gültige Norm nicht anerkennen zu dürfen meinte.

So blieb der dortige Rechtszustand der ehemaligen Reichsangehörigen ungeordnet, und Gegenstand vielfacher Beschwerden und Verhandlungen theils vor den Regierungsbehörden, theils vor dem Bundestage; selbst die Annahme der Verfassungs-Urkunde vom 25. Sept. 1819 [22]) beendigte nicht diese Differenzen. Denn obschon die Ritterschaft, so viel bekannt, sich nicht zu einer ähnlichen Reservation aller aus der Bundesacte resultirenden Rechte bewogen fand, wie die standesherrlichen Familien [23]), vielmehr einstweilen mit der Clausel des §. 21 der Verf. Urk. sich genügen ließ, welche von der Gleichheit der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten aller Unterthanen Ausnahmen als verfassungsmäßig zulässig anerkannte, so erwartete doch der ehemalige Reichsadel zuvörderst die Erfüllung der im §. 142 gegebenen Zusage, daß „die näheren Bestimmungen über die Ausübung der im 14. Art. der Bundesacte der Ritterschaft zugesicherten Rechte" den Ständen würden mitgetheilt werden. Dazu kam es aber erst zwei Jahre darauf, und die Declaration, welche zu dem Behufe unterm 8. Dez. 1821 über die staatsrechtlichen Verhältnisse des vormaligen reichsunmittelbaren Adels erging [24]), entsprach dessen Erwartungen und vermeintlich wohlbegründeten Ansprüchen in keiner Weise, erregte vielmehr um so lebhafteren Widerspruch, weil eine spätere Verordnung vom 24. Oct. 1825 diese Declaration auch auf die altlandsäßigen adligen Gutsbesitzer ausdehnte, und damit die anfangs innerhalb des Adelsstandes anerkannte, in der Bundesacte gewissermaßen garantirte Verschiedenheit der staatsrechtlichen und bürgerlichen Stellung wieder wegfiel. Auf vertragsmäßigem Wege suchte nunmehr die Regierung, wie schon früher die mit den Standesherren obwaltenden Streitpunkte [25]), so auch diese Differenzen mit der Ritterschaft zu beseitigen. Allein obschon die weit überwiegende Mehrzahl der Ritterguts-Besitzer sich zum Verzichte auf ihre

22) Reyscher a. a. O. Nr. 162, S. 508 ff. Pölitz a. a. O. S. 434 ff.
23) Reyscher a. a. O. S. 191.
24) Archiv f. standes- und grundh. Rechte, Thl. I. H. 3. S. 195 ff.
25) Mohl, Staatsrecht d. Kön. Württemberg, 2. Ausg. Thl. I. §. 85, S. 455 ff.

Digitized by Google

Patrimonial-Gerichtsbarkeit und auf das Recht der Polizei-Verwaltung verstand 26), während von den Standesherrn nur einzelne zur vergleichsweisen Annahme des mit dem Fürstl. Thurn- und Taxis-schen Hause getroffenen Abkommens und der darauf basirten Declaration vom 22. Sept. 1819 geneigt waren, so lag doch in solchem Verzichte auf einzelne durch die Bundesacte dem ehemaligen Reichsadel zugesprochenen Rechte weder ein entschiedenes Anerkenntniß des gesammten Gehalts jener Declaration vom 8. Dez. 1821, noch ein hinreichender Grund vor, weshalb diese als vollständige Erfüllung des Art. 14 der Bundesacte, und somit als unbedingte Norm für die Gesammtheit der reichsritterschaftlichen Geschlechter anerkannt werden dürfte oder gar müßte. Völlige Erledigung aller Zweifel und Bedenken über Einklang der Landesverfassung mit den aus der Bundesacte herzuleitenden Rechtsansprüchen war dadurch keineswegs erreicht, eben so wenig der Rückkehr neuer Differenzen genügend vorgebeugt; eines nach allen Seiten hin fest geregelten und unzweifelhaften Rechtszustandes, welcher jede Controverse über die bürgerliche und politische Stellung unbedingt ausschlöße, entbehrt vielmehr, wie die hier zu erörternde Rechtsfrage näher bekundet, zur Zeit immer noch derjenige Theil der Württembergischen Ritterschaft, welcher der ehemaligen unmittelbaren freien Reichsritterschaft durch Abstammung und Besitzthum angehört.

## II. Erörterung der einschlagenden Rechtsnormen und ihres gegenseitigen Verhältnisses.

### 1) Rechtliche Bedeutung der in der Deutschen Bundesacte enthaltenen Bestimmungen.

§. 4.

Unbestreitbar und unbestritten ist, daß für die heutigen Rechtsverhältnisse der ehemals reichsritterschaftlichen Geschlechter die nächste und hauptsächlichste Entscheidungsquelle in dem mehrerwähnten Art. 14 der Deutschen Bundesacte gegeben sei. Wie jedoch die Beziehung dieser Bundes-Gesetzgebung zu den seit Auflösung des Deut-

26) Mohl a. a. O. §. 92, S. 509 ff.

schen Reichs und seit der dadurch bewirkten Landsässigkeit des früheren Reichsadels ergangenen Landesgesetzen in sehr verschiedenartiger Weise aufgefaßt worden ist, so scheint es auch an Uebereinstimmung der Ansicht darüber zu fehlen, welche rechtliche Bedeutung der einschläglichen Bundes-Gesetzgebung sowohl an und für sich, als im Verhältnisse zu dem früheren Rechtszustande der Reichsritterschaft zur Zeit des Deutschen Reichs beizulegen sei, und stellt sich daher nähere Erwägung dieser Frage als unerläßlich dar, um eine feste Grundlage für die weitere Erörterung zu gewinnen.

Bei unbefangener Prüfung dürfte aber, um das Resultat unserer desfallsigen Erwägung von vorn herein zusammenzufassen, erstens so viel als unzweifelhaft zu erachten sein, daß, so weit nach wortdeutlichem Inhalte oder sonst klarer Disposition der Bundesacte die eine oder andere Gerechtsame dem ehemaligen Reichsadel zugesichert ist, für alle demselben angehörigen Familien ein wahres jus quaesitum auf wirklichen Genuß dieser Gerechtsame begründet ist, und deren Gewährung Seitens der einzelnen Bundesregierungen so lange nicht verweigert werden kann, als nicht eine unumwundene, unzweifelhafte Verzichtleistung nachzuweisen steht. Es wird auch zweitens jene Zusicherung der Bundesacte nicht dahin aufgefaßt werden dürfen, als ob ein Rechtserwerb für jene Familien nur wäre in Aussicht gestellt worden, und als ob zu dessen wirklichem Eintritte es je in den einzelnen Bundesstaaten erst noch besonderer Bewilligung und förmlicher Ertheilung bedürfte; vielmehr muß dieser Rechtserwerb als in dem Augenblicke vollendet gelten, wo die Bundesacte unterzeichnet oder der Beitritt zu derselben erklärt war, so daß alle seitdem ergangenen Landesgesetze, geschlossene Vergleiche und gepflogene Verhandlungen nicht sowohl auf die rechtliche Ertheilung und Begründung der in Frage stehenden Befugnisse sich beziehen, nicht als deren eigentlicher Titel oder alleiniges Fundament gelten können, vielmehr nur die factische Gewährung und wirkliche Ausübung jener Gerechtsame zum Gegenstande haben und lediglich Umfang und Beschaffenheit schon erworbener Rechtsbefugnisse betreffen. Endlich wird drittens diese unmittelbar auf der Bundesacte beruhende Berechtigung der reichsritterschaftlichen Geschlechter keineswegs als neue Verleihung bisher noch gar nicht zuständiger Gerechtsame, und eben so wenig als Ertheilung eines wirklichen Privilegii gelten

können, sondern es muß die Bundes-Acte in dieser Beziehung theils als Declaration der Rheinbunds-Acte, theils als bloß bestätigendes Anerkenntniß solcher Rechtsbefugnisse angesehen werden, welche dem ehemaligen Reichsadel in Folge seiner früheren staatsrechtlichen Verhältnisse und auf Grund seiner ehemaligen Stellung im Deutschen Reiche zukämen, auch troß der seit dem Jahre 1806 hierin eingetretenen Aenderungen der Verfassung Deutschlands immer noch gebührten, und von Anfang an fortdauernd hätten gewährt werden sollen und müssen.

§. 5.

Die Richtigkeit dieser Grundsätze, welche als leitend festzuhalten sind, dürfte sich zunächst schon aus der Natur der Sache ergeben, wenn man nur die Art und Weise, wie die Mediatisirung der Reichs-Ritterschaft geschehen ist, und die rechtliche Bedeutung erwägt, welche derselben allein beigelegt zu werden vermag. Denn an sich konnte offenbar die eigenmächtige Lossagung der Rheinbunds-Fürsten und die gewaltsame Losreißung der Reichs-Ritterschaft von dem Deutschen Kaiser, ihrem bisher alleinigen Oberhaupte, selbst nachdem später die völlige Auflösung der Reichs-Verfassung hinzugetreten war, keine andere rechtliche Wirkung äußern, als daß die dem Kaiser und Reiche bisher zuständig gewesenen Rechte nur für solche gelten konnten, welche den neuen Souveränen anheim gefallen, resp. in dieselben übergegangen wären. Trat auch ein Wechsel des Herrn für jene Klasse von Reichs-Angehörigen nothwendig mit der Ueberweisung an das Territorium ein, innerhalb dessen Grenzen ihre Güter belegen waren, so doch nicht eine völlige Umwandelung ihres gesammten früheren Rechtszustandes, welcher vielmehr, so weit nicht jener Wechsel der Oberhoheit mit unabweislicher Consequenz einzelne Modificationen nach sich zog, im Allgemeinen schon um deshalb als de jure noch fortdauernd vorhanden und wirksam erachtet werden durfte und mußte, weil nicht bloß wider die Aufhebung jedes einmal in rechtsbeständiger Weise erworbenen Rechts die Präsumtion streitet, sondern auch der Maaßstab der Beurtheilung immer nur in denjenigen Gesetzen und Rechtsnormen gefunden werden kann, unter deren Herrschaft ein Rechts-Verhältniß zur Existenz gekommen ist.

Dieser fortdauernde Anspruch auf die früher genossenen Rechts-

Digitized by Google

Befugnisse, so weit diese nur einerseits wohl erworben waren, nicht auf bloßer Anmaßung beruhten, und so weit sie andrerseits nur irgend damit vereinbar waren, daß die Rheinbundsfürsten zu den Rechten ihrer bisherigen Landeshoheit Befreiung von der kaiserlichen Oberhoheit und den Besitz der kaiserlichen Reservatrechte hinzu genommen hatten, und in diesem Sinne, nicht aber in dem einer völlig unbeschränkten Rechtsgewalt, die Souveränetät besaßen — wird um so weniger einem Bedenken unterliegen können, als selbst Ludwig XIV. und seine Nachfolger auf dem Französischen Throne, in deren fürstlicher Gewalt sich doch gleichsam der Grundtypus der Souveränetät im neueren Sinne des Worts ausgebildet hat, im Wesentlichen den Fortbestand jener Gerechtsame in Betreff derjenigen reichsunmittelbaren Gebiete des Elsasses anerkannt haben, welche im 17ten Jahrhundert mit gleich willkürlicher Eigenmacht durch die berüchtigten Reunionen dem Französischen Reiche incorporirt, und von aller Botmäßigkeit gegen Kaiser und Reich losgerissen worden sind [27]). Denn wie die mit der Stadt Straßburg gleich nach deren Besitznahme und Unterwerfung im J. 1681 geschlossenen Accords-Punkte [28]), worin die Stadt den König von Frankreich pour son souverain seigneur et protecteur anerkannte, in allen Hauptpunkten die bisherige Verfassung bestätigten, wie ferner diejenigen reichsfürstlichen Familien, welche der Französischen Hoheit sich unterwarfen, um nur zu ruhigem Besitze ihrer jenseits-rheinischen Gebiete und Güter wieder zu gelangen und der zahllosen, mehr jedoch als Zwangsmittel angewendeten, denn als unzweifelhaftes Recht der Krone behandelten, Beeinträchtigungen in ihren regalischen und domanialen Gerechtsamen sich zu erledigen, durch die bekannten Lettres patentes mit geringen Ausnahmen und Beschränkungen eine Garantie für ihren gesammten althergebrachten hoheitlichen Besitzstand erhielten, nur daß sie auf einzelne droits eminens, incompatibles avec les droits de souverainete et contraires aux loix fondamentales du Royaume, wie z. B. Heerbann, Münzrecht, verzichten und sowohl rücksichtlich der Gesetzgebung als der Rechtspflege die oberste Justizhoheit der Krone, statt der früheren des Kaisers und Reichs und der Reichs-

27) Vgl. Pütter's Geist des Westphäl. Friedens, S. 225 flg., Reuß Teutsche Staatskanzley. Th. XXIV. No. 2. S. 206 flg.

28) Lünig's Reichs-Archiv. P. spec. Cont. IV. Th. I. S. 785.



Digitized by Google

gerichte, anerkennen mußten [29]); so sind namentlich auch der freien Reichs-Ritterschaft des Elsaß nach ihrer Unterwerfung unter Französische Hoheit auf Grund der bereits im J. 1680 gewonnenen Privilegien [30]) außer der bisherigen Kreis-Verfassung fast alle regalischen Rechte und sonstigen Privilegien auf ihren Besitzungen verblieben, und noch im J. 1729 durch neue Lettres patentes [31]) in der Weise bestätigt worden, daß, um anderer mehr grundherrlichen Rechte und derjenigen Gerechtsame nicht zu erwähnen, welche nur nach Maßgabe des hergebrachten Besitzstandes zugesichert wurden, allen reichsritterschaftlichen Häusern in ihren Besitzungen und über ihre Hintersassen hohe, mittlere und niedere Gerichtsbarkeit, nebst freier Bestellung der Gerichtsbehörden, das Recht zu polizeilichen Verordnungen, insbesondere zu Zunft-Ordnungen, das Forst- und Jagdregal, das Salz- und Bergregal, letzteres selbst auf edle Metalle, der Judenschutz, die Erhebung von Abzugsgeld, so wie denen Augsburgischer Confession die Episcopalrechte zustehen sollten, das Directorium aber bis auf eine bestimmte Summe das Recht der Steuer-Ausschreibung und die Jurisdiction in appellatorio besaß, so wie alle Rechtssachen der Ritter unter einander und mit ihren Unterthanen, und zwar gleichviel ob in Civil- oder geringeren Straf- und Polizeisachen, bis zur Höhe einer gewissen Summe sogar mit Ausschluß aller Appellation an die Königl. Gerichte zu entscheiden befugt war.

In auffallendem Gegensatze mit diesem Verfahren der Französischen Regierung haben nun zwar die Rheinbunds-Fürsten einen Anspruch der Reichs-Ritterschaft auf Fortbestand aller, mit den wahren Rechten der Souveränetät nur irgend vereinbaren, Gerechtsame und Privilegien nicht anerkennen mögen, vielmehr diesen früheren Rechtszustand weit über die Grenzen unvermeidlicher Noth-

---

29) Vgl. insbesondere den Französisch-Leyenschen Tauschvertrag v. J. 1781, bei Reuß a. a. O. Th. III. S. 28 flg., so wie die Lettres patentes für Würtemberg über Franquemont v. J. 1783, und über die sonstigen Elsassischen Besitzungen v J. 1768 bei Reuß a. a. O. Th. IV. S. 43 flg. und bei Martens a. a. O. T. VI. S. 106 flg.

30) Lünig a. a. O. P. spec. Cont. III. Abh. 4. S. 56 flg.

31) Martens a. a. O. S. 187 flg.

Digitized by Google

wendigkeit hinaus durch einseitige Verfügungen geändert. Allein wie sehr auch die politische und bürgerliche Stellung dieser ehemaligen Reichs-Angehörigen factisch dadurch eine andere geworden ist, als sie gefürchtet haben mochten und erwarten durften; immer kann doch die factische Unmöglichkeit, ein wohlbegründetes Recht geltend zu machen, diesem selbst an sich keinen Eintrag thun, so lange nicht ein unzweideutiger Verzicht hinzutritt. Wenigstens könnte diese Nichtgewährung dessen, was auf Grund des wohlhergebrachten staats- und privatrechtlichen Zustandes die neuen Landesherren, trotz der gewonnenen Souveränetät, den reichsritterschaftlichen Gütern und Geschlechtern an Privilegien und Regalien eigentlich hätten zugestehen sollen, höchstens dann eine bestimmte rechtliche Bedeutung gewinnen, wenn wirklich die Rheinbunds-Acte den ferneren Rechtszustand dieser neuen Klasse von Unterthanen ganz dem individuellen Ermessen der einzelnen Regierungen anheimgestellt hätte, und dadurch für jene Schmälerung bisher geübter, mit der Mittelbarkeit an sich vereinbarlicher Gerechtsame ein gewisser Schein Rechtens gewonnen wäre.

## §. 6.

Vielfach ist allerdings, namentlich zur Zeit des Rheinbundes, behauptet worden, daß die Bundes-Acte eine völlig unbeschränkte Landes-Unterthänigkeit der Reichs-Ritterschaft ausgesprochen, diese in allen Punkten den übrigen Unterthanen assimilirt und mit der von jeher landsässigen Ritterschaft gleichgestellt habe [32]). Allein mit directen, unzweideutigen Worten ist dies nirgends gesagt, und bei näherer Prüfung unmöglich, dem Ausdrucke des Art. 25: possédera en toute souveraineté eine solche Deutung zu geben.

Daß auf possédera kein besonderes Gewicht gelegt werden könne, unterliegt von vorn herein keinem Zweifel, da mit Besitz an und für sich nur ein factischer Zustand als solcher bezeichnet, keineswegs zugleich dessen rechtlicher Grund und materielle Beschaffenheit bestimmt ist, derselbe Ausdruck posséder auch in unzähligen Friedens-Verträgen gebraucht wird, durch welche Gebietstheile abgetreten werden, ohne irgend über Verfassung und Rechte der dadurch

32) Behr system. Darstellung des Rheinischen Bundes. §. 189 flg., Winkopp a. a. O. Th. II. S. 196 flg. u. 222. vgl. auch Mohl a. a. O. §. 89. S. 496.



Digitized by Google

neu gewonnenen Unterthanen etwas festsetzen zu wollen, und hier offenkundig nicht mehr nnd nicht weniger bedeutet, als daß die neuen Gebiete fortan zu dem Territorium des Erwerbers gehören sollen. Mag immerhin in dem folgenden Art. 26, wo von den mediatisirten Reichsständen die Rede ist, eine andere Ausdrucksweise dahin beliebt sein, daß über diese die Rheinbunds-Fürsten exerceront tous les droits de souveraineté, so ist doch mit jenem possédera nur die äußere Angehörigkeit der reichsritterschaftlichen Gebiete, die Natur eben der Verbindung nicht weiter bezeichnet, als daß sie, während bisher nur in territorio, fortan auch de territorio sein sollten, ähnlich wie die Wiener Congreß-Acte vom 9. Juni 1815 im Art. 43 erklärt: les possessions de l'ancienne noblesse immediate, enclavées dans le territoire Prussien ... appartiendront à la monarchie Prussienne, die Beschaffenheit dieser Angehörigkeit jedoch eben so unbestimmt läßt, als im Art. 40, in welchem le Département de Fulde avec les territoires de l'ancienne noblesse immédiate der Krone Preußen abgetreten (cédé) wird. Eben so wenig kann aber auch der Ausdruck en toute souveraineté als entscheidend und prägnant gelten, wenn man nur den diplomatischen Sprachgebrauch jener Zeit berücksichtigt.

Abtretung eines Gebiets en toute souveraineté et propriété ist die regelmäßige Form der Friedens- und Tauschverträge; wie jedoch häufig, z. B. im Art. 2, 8, 13 des Preßburger Friedens vom 26. Dezbr. 1805, im Art. 17 — 19 der Rheinbunds-Acte propriété voransteht, so wird nicht bloß die Formel en toute souveraineté allein, wie sich z. B. aus Art. 3 und 5 des Friedens von Campo Formio vom 17. Octbr. 1797 ergiebt, ganz in demselben Sinne und für dieselben Fälle gebraucht, sondern es findet sich auch der Ausdruck en toute propriété ohne weiteren Zusatz in solchen Fällen, wo es sich keineswegs um bloßen Erwerb domanialen Besitzes handelte, vielmehr auch die Landeshoheit und Staatsgewalt zugleich miterworben war, wie denn z. B. in dem zwischen Frankreich und Spanien geschlossenen Frieden vom 22. Juli 1795 [33]) Domingo nur en toute propriété, dagegen in dem mit Portugal unterm 20. August 1797 eingegangenen Frieden [34]) Guiana

33) Martens T. VI. p. 542.

34) Martens. T. VII. p. 201.

Digitized by Google

en toute propriété et souveraineté überlassen wurde, eben so die Rheinbunds-Acte im Art. 19 das Fürstenthum Heitersheim nur mit der ersteren Formel an Baden überweiset, während sonst regelmäßig der Uebergang geistlicher Gebiete an weltliche Fürsten als en toute souveraineté et propriété erfolgt bezeichnet zu werden pflegt. Daß nun in der Formel en toute propriété auf diesen Beisatz toute Gewicht zu legen sei, wird nur behaupten mögen, wer der längst verworfenen Theorie folgt, daß dem Landesherrn am gesammten Grund und Boden des Territorii Eigenthumsrechte zuständen, und um so weniger wird man, da jene anderen Formeln ganz promiscue gebraucht werden, das Wort toute in Verbindung mit souveraineté urgiren, und etwa in der Art deuten dürfen, daß eine ihrem Inhalte nach unbegränzte und auch dem Lande gegenüber ganz unbeschränkte Hoheitsgewalt damit gemeint sei. Hie und da wird allerdings der Besitz eines Gebiets en propriété und en souveraineté einander entgegengestellt, wo es sich um Domanial-Besitz unter fremder Landeshoheit, oder wirklich um den Erwerb wahrer Eigenthumsrechte am Grund und Boden handelt; so z. B. wenn im Art. 3 des Wiener Friedens vom 14. Octbr. 1809 dem Oesterreichischen Kaiserhause das Eigenthum an den zum Salzkammergute gehörigen, aber innerhalb der Baierischen Grenzen belegenen Waldungen vorbehalten wird, wenn nach Art. 21 der Rheinbunds-Acte die freie Burg Friedberg zunächst nur en souveraineté, nach dem Tode des damaligen Burggrafen auch en toute propriété an Hessen-Darmstadt fallen soll, wenn in dem zwischen Frankreich und Nassau über die Abtretung des Gebiets von Cassel und Costheim geschlossenen Vertrage vom 12. März 1806 [35]) neben der pleine et entière souveraineté sur la totalité du territoire, noch die pleine et entière propriété de tous les domaines dieses Gebiets cedirt wird. Allein der Regel nach bezeichnet jene Formel posséder en toute souveraineté et propriété nichts als allodialen unabhängigen Besitz, im Gegensatz des bisherigen Lehnsnexus der Landeshoheit und der früheren Unterordnung unter die Oberherrlichkeit des Kaisers und Reichs, oder irgend eines anderen Fürsten, wie denn auch der Art. 8 des Preßburger Friedens dieser Art territorialen Besitzes die

35) Martens Suppl. T. IV. p. 234.

possession en souveraineté entgegenstellt. Es ist damit nicht die innere Qualität der landesherrlichen Gewalt, sondern nur die äußere Beziehung der Landeshoheit näher bestimmt, ganz in ähnlichem Sinne, wie wenn die von Preußen mit Frankreich über die künftige Entschädigung des Oranischen Hauses geschlossene Convention vom 24. Mai 1802 une propriété entièrement souveraine über die zur Säcularisation designirten geistlichen Territorien ausbedingt, oder wenn im Art. 3 des Haupt-Deput.-Schlusses v. J. 1803 der Großherzog von Toscana das Bisthum Eichstädt u. s. w. en toute souveraineté et indépendance, „in völligen souveränen und unabhängigen Besitz" erhält, trotzdem daß die Landes-Verfassung der secularisirten Gebiete ohne Ausnahme im Art. 60 garantirt wird, oder wenn der Art. 69 der Wiener Congreß-Acte über einen Theil des früher von Frankreich lehnsrührigen Herzogthums Bouillon dem Großherzoge von Luxemburg la souveraineté pleine et entière zuspricht.

Unter solchen Umständen müßte es an sich schon bedenklich erscheinen, wenn man der bei Ueberweisung der reichsritterschaftlichen Gebiete gebrauchten Formel „en toute souveraineté" eine andere Bedeutung geben wollte, als daß alle Verbindung der Ritterschaft mit der, damals noch fortbestehenden, Reichsstaatsgewalt aufhören, zugleich an die Stelle der Unabhängigkeit von der Landeshoheit eine wirkliche Landes-Unterthänigkeit eintreten solle, wenn man in jenen Ausdrücken einen Beweis dafür zu finden gemeint wäre, daß, abgesehen von diesem eigenmächtig hervorgerufenen Wechsel des Oberherren, auch der ganze bisherige Rechtszustand der Reichs-Ritterschaft, so weit nicht rein privatrechtlicher Beziehung, in das Ermessen der neuen Landesherren gestellt, diesen über Person und Besitzthum des bisherigen Reichsadels eine völlig unbeschränkte Macht-Vollkommenheit gegeben worden sei, neben welcher die zur Zeit der Reichsunmittelbarkeit von jenen Geschlechtern genossenen regalischen Befugnisse und politischen Vorrechte, nicht etwa bloß bei etwaniger Unvereinbarkeit mit Landesunterthänigkeit, sondern unbedingt den Charakter eines wirklichen Rechts-Anspruches verlören. Um so bedenklicher wäre es, als die Rhein-Bunds-Acte selbst nirgends eine solche plenitudo potestatis, eine innere Souveränetät im Sinne neuerer Doctrin, den verbündeten Fürsten beilegt, ja sogar den Stifter und Protector des Bundes

Digitized by Google

zwar in der dem Reichstag überreichten Note vom 1. August 1806 [36]) la souveraineté entière et absolue de chacun des princes anerkennen zu wollen erklärt, gleichzeitig aber in dem an den Fürsten Primas gerichteten Schreiben vom 11. Septbr. 1806 [37]) nur darein die Souveränetät der Bundesgenossen setzt, daß sie nicht mehr, wie früher, im Kaiser einen Oberherrn (Suzerain) hätten, auch nur in diesem Sinne ihnen die plenitude des droits de souveraineté, garantirt. Es tritt indessen noch hinzu, daß nicht einmal dem Ausdrucke souveraineté die Bedeutung einer vollen, alle Rechte der Staatsgewalt umfassenden Landeshoheit, im Gegensatze einer Territorialgewalt im Sinne des Reichsstaatsrechts, mit voller Bestimmtheit vindicirt werden kann. Wenigstens wird in dem Reichs-Deputations-Hauptschlusse vom Jahre 1803, und zwar eben so wohl in den Artikeln, wo der Französische Text als officiell gilt, als in der Französischen Uebersetzung der übrigen, das Wort ganz in dem Sinne von superiorité territoriale gebraucht, und sowohl bei den abgetretenen geistlichen Fürsten, als bei den neuen weltlichen Landesherren, der Fortdauer der Reichs-Verfassung ungeachtet, den Ausdrücken princes d'Empire, princes territoriaux, souverains territoriaux und souverains schlechthin eine völlig synonyme Bedeutung beigelegt; in ähnlicher Weise braucht durchgängig dieses Wort, unter ausdrücklicher Hinweisung auf das Osnabrücker Friedens-Instrument, der zwischen Schweden und Mecklenburg-Schwerin am 26. Juni 1803 geschlossene Vertrag [38]), wodurch Stadt und Gebiet von Wismar pfandweise wieder mit Mecklenburg vereinigt wurde; und nicht bloß, daß in mehreren zwischen den Rheinbundsfürsten, auf Grund gerade des Art. 26, geschlossenen Verträgen über Theilung und Austausch der reichsritterschaftlichen Gebiete [39]) die darüber nach der Bundes-Acte zuständigen Rechte eben so häufig mit Landeshoheit, Hoheits-Ansprüchen, Hoheits-Gerechtsamen, als mit Souveränetät bezeichnet werden, kommt sogar in dem über die Besitznahme der mediatisirten Gebiete erlassenen Badischen Edicte vom 13. August 1806 [40])

36) Martens Suppl. T. IV. p. 326, v. Meyer a. a. O. S. 84 flg.

37) v. Meyer a. a. O. S. 110.

38) Martens Suppl. T. III. p. 488.

39) Martens Suppl. T. IV. p. 349. 351. 355. 359.

40) ebend. p. 337.

Digitized by Google

von dem Regalienbesitze, welchen die Rhein-Bundes-Acte den Standesherren zusicherte, der Ausdruck souveraineté patrimoniale vor.

Wie aber allem diesem nach der diplomatische Sprachgebrauch jener Zeit dazu weder berechtigt noch nöthigt, den Worten der Rheinbunds-Acte: en toute souveraineté gleichsam eine specifische Bedeutung beizulegen, wie es vielmehr damit wohl vereinbar wäre, wenn man diesen Ausdruck ganz in dem unbestimmten Sinne auffaßte, in welchem der Reichs-Deputations-Hauptschluß Art. 27 den freien Städten la pleine superiorité zusichert oder der Graf von Bentheim-Steinfurt bei Wieder-Einlösung der Grafschaft Bentheim im J. 1804 den bis dahin bestandenen Hannoverschen Pfandbesitz als pleine supériorité territoriale bezeichnet[41]), so wird sich auch aus der Rheinbunds-Acte selbst und den unmittelbar daran sich anschließenden Documenten direct darthun lassen, daß damit nur das Factum der Landsässigkeit, nicht Art und Beschaffenheit derselben habe ausgesprochen werden sollen, und daß im Wesentlichen dies keinen anderen Sinn habe, als wenn der Art. 24 in Betreff der mediatisirten Reichsstände die Ausübung de tous les droits de souveraineté den Bundesgliedern zugesichert hat. Neben jener generellen Clausel über Besitznahme der reichsritterschaftlichen Gebiete zu Gunsten aller Bundesfürsten enthält nämlich der Art. 23, gleichsam zufällig, noch eine besondere Zusicherung der Art für den Fürsten von Hohenzollern-Sigmaringen, diese aber so, daß nur von posseder en souveraineté ohne irgend einen Zusatz die Rede ist. In dem Accessions-Vertrage dagegen, durch welchen am 25. Septbr. 1806 der Erzherzog-Großherzog von Würzburg dem Rheinbunde sich anschloß[42]), wird im Art. 4 der Ausdruck exercera tous les droits de souveraineté, welcher doch ein Geringeres von Rechten nach jener Ansicht in sich schlösse, von den terres équestres enclavées eben so gebraucht, als von den an Würzburg überwiesenen, früher reichsständischen Gebieten, und wie der über Theilung der reichsritterlichen Güter zwischen Würzburg und Baden am 17. Mai 1807 geschlossene Vergleich[43])

41) Martens Suppl. T. IV. p. 95.

42) v. Meyer a. a. O. S. 112.

43) Martens Suppl. T. IV. p. 399.

Digitized by Google

die darüber gewonnene Gewalt nur mit den unbestimmten, auf die Standesherren gleich anwendbaren Ausdrücken „Mediatisirungs-Ansprüche, Mediatisirungs-Recht" bezeichnet, stellt auch das Nassau'sche Besitznahme-Patent vom 31. Juli 1806[44]) beide Arten von Reichs-Angehörigen und deren bisheriges Besitzthum in dieselbe Kategorie, ohne irgend über die reichsritterschaftlichen Güter und Personen mehrere und größere Rechte anzusprechen.

Von größerem Gewichte als jene Verschiedenheit der Fassung und Ausdrucksweise scheint allerdings, und ist auch immer als Haupt-Argument für die hier angefochtene Meinung hervorgehoben worden, daß die Rheinbunds-Acte in den Artikeln, wo sie specielle Zusicherungen den Mediatisirten ertheilt, lediglich der bis dahin reichsständischen Häuser Erwähnung thut. Allein zunächst ist auch von diesen Artikeln theilweise gleich anfangs analoge Anwendung auf die reichsritterschaftlichen Gebiete gemacht, und damit ein gleichartiges Verhältniß beider Klassen von Rechts-Angehörigen anerkannt worden, indem, was über die Tragung der Kreis-, Landes- und Domanial-Schulden im Art. 29 und 30, über die Entlassung und Pensionirung der bisher Angestellten im Art. 32 stipulirt ist, in ganz übereinstimmender Weise in den Protocollen sich vorfindet, welche über Besitzergreifung der standesherrlichen, und über die der ritterschaftlichen Gebiete aufgenommen worden sind[45]). Sodann aber betreffen diese Artikel zum Theil Verhältnisse, welche auf die Reichsritter entweder in geringerem Maaße Anwendung finden konnten, oder doch nicht völlig gleiche Wichtigkeit hatten, als für die bisher landesherrlichen Familien, wie Art. 28 die Austrägal-Instanz in Criminalsachen, Art. 31 die freie Wahl des Aufenthalt-Ortes. Vor allem jedoch ist, was namentlich die Bestimmungen des Art. 27 über den Domanialbesitz der Standesherren und die damit fernerhin noch verbundenen Hoheits- und Herren-Rechte betrifft, dies zu beachten, daß hierüber wohl eine generelle Norm aufgestellt werden konnte, weil bis dahin alle diese Familien eine wirkliche Landeshoheit gehabt, also der Hauptsache nach in wesentlich gleicher Lage und Rechtsstellung sich befunden hatten, daß dagegen für die Reichs-Ritterschaft der zeitherige Besitz der Regalien

---

44) ebend. S. 333.

45) v. Meyer a. a. O. S. 108.

Digitized by Google

und der ihnen sonst competirenden einzelnen Rechte einer landesherrlichen Gewalt auf speciellem und localem Herkommen oder auf besonderen Privilegien beruhte, und bei der dadurch nothwendig bedingten Verschiedenheit des bisherigen Zustandes es eben so zu Begünstigung einzelner Häuser, für welche es gleichwohl an allem Rechtsanspruche wie Anlasse fehlte, als zu Beeinträchtigung anderer hätte führen müssen, wenn man auch hier, gleichsam durchschnittsweise, die für die Zukunft zu gewährende regalische Berechtigung auf ein gleichförmiges Maaß festgestellt hätte. Wohl erklärlich ist es daher und erscheint sogar ganz den gegebenen Verhältnissen angemessen, wenn man sich auf das allgemeine Prinzip beschränkte, daß die Angehörigen der ehemal. Reichsritterschaft, weil fortan landsässig, sowohl selbst für ihre Person und Besitzthum die Souveränetät anerkennen müßten, als auch über ihre Güter und Hintersassen, auf Grund übrigens immer und nach Maßgabe des je von den einzelnen Familien wohlhergebrachten Besitzstandes, kein Recht mehr ansprechen und üben dürften, welches den Souveränetäts-Rechten zuzuzählen oder doch wesentlich damit verbunden sei.

Weder im Inhalte noch im Ausdrucke der Rheinbunds-Acte liegt daher unseres Dafürhaltens ein hinreichender Grund vor, im Widerspruche mit den aus der Natur der Sache sich ergebenden Folgerungen zwischen dem Erwerbe en toute souveraineté und dem avec tous les droits de souveraineté einen wesentlichen Unterschied zu statuiren und für den durch die Mediatisirung herbeigeführten Rechtszustand der standesherrlichen und reichsritterschaftlichen Familien eine andere Verschiedenheit für rechtlich begründet und unvermeidlich anzuerkennen, als durch deren, früher schon und zur Zeit der Reichsverfassung vorhandene, verschiedenartige Berechtigung in politischer und privatrechtlicher Hinsicht gegeben war. Auf beide Klassen der Mediatisirten bezieht sich unsers Erachtens, wie auch schon die Stellung andeutet, in gleicher Weise der Art. 26, welcher näher bestimmt, was diesen neugewonnenen Unterthanen gegenüber als Souveränetäts-Recht zu betrachten sei, und rücksichtlich beider anerkennt, daß die Souveränetät nicht als völlig unbeschränkte, beliebige Hoheitsgewalt, sondern nur als ein Inbegriff bestimmter Hoheitsrechte aufgefaßt werden dürfe und solle. Ist nun auch in den einzelnen Ländern gar bald dem Bundes-Vertrage die Deutung gegeben worden, daß von Rechts wegen die Reichsritterschaft

Digitized by Google

auf regalische Befugnisse und politische Vorrechte keinerlei Anspruch mehr zu machen habe, und hat gleich das Prinzip ziemlich allgemeine Nachfolge gefunden, welches der zwischen Würzburg und Sachsen-Coburg über die gewerbschaftlichen Besitzungen geschlossene Theilungs-Vertrag vom 15. Juli 1807 [46]) dahin aufstellt, daß die „ausschließende Souveränetät im Sinne des rheinischen Bundes-Vertrags" nicht bloß unbedingt die peinliche Gerichtsbarkeit, sondern auch die bürgerliche in ihrer ganzen Ausdehnung, die Dorfs- und Gemeindeherrschaft, und die ganze Polizeigewalt involvire, und allen „älteren Recessen und Verträgen" schlechthin derogire, so kann doch dies als der wahre und richtige Sinn der Rheinbunds-Acte keineswegs anerkannt werden. Mit vollem Rechte wird man vielmehr von der schon zur Zeit des Rheinbundes von einzelnen Publicisten [47]) vertheidigten Ansicht ausgehen können, daß auch der ehemaligen Reichsritterschaft gegenüber die neuen Landesherren nur die im Art. 26 anerkannten Souveränetäts-Rechte und die daraus herfließenden Befugnisse erworben hätten, daß nur die als nothwendige Folge dieser Souveränetät anzuerkennenden Pflichten und Lasten den reichsritterlichen Personen und Gütern auferlegt, und die denselben bisher wirklich zuständigen Gerechtsame, nur so weit entzogen worden seien, als sie für durchaus unvereinbar mit jenen Souveränetätsrechten erachtet werden müßten, daß dagegen im übrigen der frühere Rechtszustand der Reichsritterschaft in persönlicher wie dinglicher Hinsicht habe fortdauern sollen, somit auch, obwohl factisch beseitigt oder beschränkt, rechtlich immer noch als vorhanden und wohlbegründet erachtet werden dürfe, und daß, so weit einzelne der bisherigen Rechte auch äußerlich jener Klasse von Reichs-Angehörigen verblieben wären, diese im Zweifel nicht als neu entstanden und besonders verliehen, sondern lediglich als Ueberrest und rechtliche Folge desjenigen Rechtszustandes gelten können, dessen zur Zeit des Deutschen Reichs der unmittelbare Reichs-Adel sich in wohlbegründeter Weise zu erfreuen hatte.

§. 7.

Mit dieser Auffassung, wie sie hier aus der Rheinbunds-Acte

---

46) Martens Suppl. T. IV. p. 407.

47) Winkopp a. a. O. Th. III. S. 204. Th. IV. S. 264 flg.

Digitized by Google

selbst zu begründen versucht worden, stimmt aber auch die betreffende Gesetzgebung des Deutschen Bundes wesentlich überein, während sie zugleich unumwunden für die einzelnen Bundes-Regierungen die Nothwendigkeit ausspricht, die den ehemaligen Reichs-Angehörigen von neuem garantirten Rechte wirklich und vollständig zu gewähren.

So weit die hierauf bezüglichen Verhandlungen des Wiener Congresses bekannt geworden sind [48]), ist der im Art. 14 der Deutschen Bundes-Acte niedergelegte Beschluß lediglich durch die Ueberzeugung herbeigeführt worden, daß der Zustand sowohl der Standesherren als der Reichs-Ritterschaft, wie er je in den einzelnen Staaten factisch gegeben vorlag, dem keineswegs entspreche, was denselben eigentlich und rechtlicher Weise in Folge der im J. 1806 eingetretenen Mediatisirung und trotz der dadurch wesentlich veränderten politischen Stellung an Vorrechten hätte gewährt und durch die Landesgesetzgebung und Landes-Organisation hätte realisirt werden sollen. Auf keiner anderen Voraussetzung beruht also die Bundes-Gesetzgebung, als daß jene ehemals reichsunmittelbaren Personen vom Augenblicke der verlorenen Immedietät an gewisse Gerechtsame als wohlbegründet und wohlerworben ansprechen, oder vielmehr als verblieben und fortdauernd wirksam geltend machen dürften. Wie die Veranlassung des gemeinsamen Beschlusses theils in den willkürlichen Verletzungen der jenen Klassen gebührenden Rechte, theils darin lag, daß selbst bei richtiger Auffassung der Mediatisirung und bei ernstlich gewollter vollständiger Gewährung gedachter Rechte doch über deren Umfang und Modalität um so weniger Differenzen und Zweifel zu vermeiden waren, als schon vor der Zeit, wo jene Unterwerfung unter die Landeshoheit eintrat, die rechtliche Stellung der reichsritterschaftlichen Geschlechter, sowohl unter einander als im Vergleich zu den ehemals reichsständischen Familien, mancherlei eigenthümlichen Modificationen bei aller Gleichartigkeit unterlag, so stellt sich als Zweck dieser Bundesgesetzgebung nicht Verleihung gewisser Befugnisse, sondern nur deren erneutes Anerkenntniß und nähere Bestimmung ihrer Modalitäten und ihres Umfanges dar. Zur Ausgleichung der einander entgegen-

48) Klüber's Uebersicht. Abth. 2. No. V. u. Abth. 3. No. VI.

Digitized by Google

gesetzten Interessen und Meinungen, mit Rücksicht auf die vorliegende Verschiedenheit der Landes-Verfassung, und in Erwägung der Schwierigkeiten, welche sich darboten, wenn es auf specielle Ermittelung des vor dem Jahre 1806 rechtlich begründeten Zustandes, auf Feststellung der durch den Verlust der Immedietät nothwendig dafür gegebenen Modificationen und Abänderungen, und auf Vereinbarung der hiernach rechtlich gebührenden Befugnisse mit dem einmal in den wesentlichsten Punkten veränderten Landes-Organismus ankam, hat man nunmehr allerdings sich damit genügen lassen, gleichsam durchschnittsweise ein Minimum von Vorrechten festzustellen, welche den ehemaligen Reichsunmittelbaren gebührten. Allein daß hierbei deren frühere Rechtsverhältnisse nicht unerwogen geblieben sind, könnte keinem Zweifel unterliegen, wenn auch nicht ausdrücklich bei mehreren jener Vorrechte, in Betreff nämlich der Ebenbürtigkeit und der Familien-Verträge, auf den Rechtszustand vor Eintritt der Mediatisirung Bezug genommen wäre, und so stellt sich, trotz etwaniger Beschränkung im Einzelnen, jene Zusicherung doch nur als bestätigende Sanction der aus der früheren politischen und persönlichen Stellung resultirenden Rechte dar. Auf die Ausdrücke „in Gemäßheit der gegenwärtigen Verhältnisse“ und „einen gleichförmig bleibenden Rechtszustand zu verschaffen“ darf weder Gewicht gelegt, noch die Behauptung gestützt werden, es sei erst die Bundes-Acte und diese allein als Quelle und eigentlicher Grund jener Berechtigungen anzusehen, wie denn auch die Französische Uebersetzung des Art. XIV.[49]) sich dahin ausdrückt: Pour assurer aux anciens états de l'Empire ... des droits égaux dans tous les pays de la confédération et conformes aux rapports actuels, und damit deutlich erklärt, daß die zeitigen Verhältnisse, d. h. die dermalige Medietät jener Personen nur bei Feststellung der betreffenden Rechte berücksichtigt, nicht als Basis dieser Rechte behandelt worden seien, und daß ein an sich schon wohlbegründeter Anspruch für die Zukunft habe gesichert, nicht gewährt werden sollen. Noch weniger kann, nach dem offen kund gegebenen Zweck, „einen gleichförmig bleibenden Rechtszustand zu verschaffen“, darüber ein Zweifel obwalten, daß die wirkliche Gewährung der in der Bundes-Acte zu-

49) Martens Nouv. Rec. T. II. p. 374.

Digitized by Google

gesicherten Rechte in keiner Weise von dem beliebigen Ermessen der einzelnen Bundes-Regierungen abhängig bleiben sollte, diese Bevorrechtigung der ehemaligen Reichs-Angehörigen vielmehr als eine solche betrachtet worden ist, rücksichtlich deren eben so sehr ein unzweifelhafter Anspruch und ein wahres jus quaesitum et praesens dieser Klasse von Unterthanen, ale eine unbedingte Verpflichtung der Regierungen zu deren landesgesetzlicher Anerkennung und factischer Einräumung vorliege.

Ganz in Conformität hiemit hat sich denn auch über das Verhältniß des Art. 14 der Bundes-Acte zur Landesgesetzgebung bereits im J. 1819 die Commission der Hohen Bundes-Versammlung ausgesprochen, welche auf Anlaß der von Standesherren und reichsritterschaftlichen Familien eingereichten Beschwerden über Nichterfüllung jenes Artikels in der 49ten Sitzung des J. 1818 bestellt wurde, und in ihrem gutachtlichen Vortrage vom 24. Mai 1819 [50]) über den Art. 14, als die erste hierbei zur Anwendung kommende Norm, sich dahin erklärt:

> „Die Bundes-Staaten haben die Verbindlichkeit dazu gleich und mit der Bundes-Acte übernommen, und das Verhältniß der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herren hat daraus im Bunde seine Bestätigung erhalten, in so weit es vorher durch die Rheinbunds-Acte begründet war. Der Rechtszustand derselben beruhet also auf der Bundes-Acte in der Art, daß die dort ausgesprochenen Gerechtsame schon ertheilet oder beibehalten, und von den Regierungen in den einzelnen Bundes-Staaten nur zur Ausführung zu bringen, nicht eben erst zuzugestehen sind. Hieraus folgt dann, daß die Vorschrift und der Buchstabe des Art. normirt, und genau zu erfüllen ist, und daß nur gegenseitige Convenienz nach freier Uebereinkunft dieselben abändern und modificiren könne."

Nicht minder aber beruht auf diesem Prinzipe die Wiener Schluß-Acte vom 15. Mai 1820 [51]), wenn sie im Art. 63 dies

---

50) Vollgraff die teutschen Standesherren. Beil. No. XVII. S. VII. und Archiv für standesh. und grundh. Rechte Th. I. H. 2. S. 149.

51) v. Meyer a. a. O. Th. II. S. 197.

Digitized by Google

als bundesgesetzliche Norm aufstellt, daß die Bundes-Versammlung „auf die genaue und vollständige Erfüllung des Art. 14" zu achten habe, daß die einzelnen Regierungen „gegen den Bund zur unverrückten Aufrechthaltung der (dadurch) begründeten staatsrechtlichen Verhältnisse verpflichtet" wären, und daß den Mediatisirten, gleich wie im Falle „der verweigerten gesetzlichen und verfassungsmäßigen Rechtshülfe", auch im Falle „einer einseitigen zu ihrem Nachtheile legislatorischer Erklärung der durch die Bundes-Acte zugesicherte Rechte" der Recurs an die Bundes-Versammlung vorbehalten bleiben müsse. So weit daher die Bundes-Acte gewisse Rechte als solche bezeichnet, welche jenen beiden Classen ehemaliger Reichs-Angehörigen gewährt werden sollen, und so weit damit in declaratorischer Weise definitiv festgestellt ist, was und wie viel denselben von den ihnen früher auf Grund ihrer Reichs-Unmittelbarkeit und resp. Landeshoheit competirenden Gerechtsame auch ferner noch, trotz der in der Mitte liegenden Vorschrift der Rheinbunds-Acte, von Rechtswegen gebühre, kann es als unzweifelhaft betrachtet werden, daß jedem Bundes-Staate gegenüber und für jeden Einzelnen, welcher jenen beiden Classen angehört, die Bundes-Acte als Fundament individuell-persönlicher, unmittelbar *ex lege* resultirender Rechtsansprüche gelten muß.

## 2) Anwendbarkeit der betreffenden Landes-Gesetzgebung.

### §. 8.

Unter diesen Umständen hat für den heutigen Rechtszustand der ehemaligen Reichs-Ritterschaft, gleich wie in Betreff der mediatisirten Reichsstände, die besondere Landes-Verfassung und Landes-Gesetzgebung nur in untergeordneter Weise die Bedeutung einer Rechtsquelle und Entscheidungsnorm *).

*) Anm. der Herausgeber.
Bei dieser Ausführung scheint doch das vorliegende Erachten der auch von dem Bunde anerkannten Souveränität der Bundesstaaten und der in ihr begriffenen Gesetzgebung zu wenig Rechnung getragen zu haben. Wenn gleich an der Pflicht der einzelnen Regierungen, die in der Bundesacte Art. 14 zugesicherten Rechte

Digitized by Google

Zwar verweiset der Art. 14 der Bundes-Acte, nachdem er die der Reichsritterschaft zugesicherten Rechte aufgezählt hat, selbst auf die „Landesgesetze". Allein nur die Ausübung dieser Rechte soll nach Vorschrift der Landesgesetze geschehen, ähnlich wie dies vorher in Betreff der Standesherren und der diesen garantirten Vorrechte bestimmt ist, und ganz abgesehen davon, daß entgegengesetzten Falls es für den wortdeutlich ausgesprochenen Zweck eines gleichförmigen Rechtszustandes an aller und jeder Gewähr ermangeln müßte, wird man unbedingt dem erwähnten Bundes-Commissions-Berichte darin beistimmen müssen, daß die Landes-Gesetzgebung nur die Formen und Modalitäten, unter welchen jene Rechte geltend zu machen seien, nicht deren Inhalt und Umfang normiren, am wenigsten über die Zuständigkeit dieser Rechte, und über die Frage entscheiden können, ob überhaupt dieselben jenen Personen gebührten. Wenn aber andrerseits auch für diese ehemaligen Reichs-Angehöri-

mittelst der Landesgesetzgebung ins Dasein zu rufen, nicht zu zweifeln ist, so folgt daraus nicht, daß die Landesgesetzgebung nur eine untergeordnete oder subsidiäre Quelle für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse des vormaligen Reichsadels innerhalb der einzelnen Bundesstaaten sey. Im Gegentheil kann zunächst nur die Art und Weise, wie die Landesgesetzgebung die Bundesgesetze aufgefaßt und angewendet hat, Ziel und Maaß für die Landesbehörden abgeben. Auch die organischen Bundesgesetze gelten bekanntlich innerhalb der einzelnen Bundesstaaten nur, sofern sie von der betreffenden Staatsgewalt verkündigt sind; die Thätigkeit der letztern kann also nicht aus dem Grunde zurückgestellt werden, weil die Bundesgesetze absolut verbindliche Kraft haben. Die Frage über den Einfluß der Landesgesetzgebung auf die Verhältnisse der standesherrlichen und ritterschaftlichen Familien ist übrigens aus Anlaß anderweiter ständischer Verhandlungen zum Gegenstande mehrerer Streitschriften geworden, worin dieselbe in verschiedener Richtung beantwortet ist: K. S. Zachariä, die Souveränitätsrechte der Krone Württemberg in ihrem Verhältnisse zu den standesherrlichen Eigenthumsrechten des fürstlichen Gesammthauses Hohenlohe, Heidelberg 1836. Hufnagel, vorläufige Replik auf die Einredeschrift des Prof. D. Zachariä, Stuttgart 1836. Reyscher, die grundherrlichen Rechte des württ. Adels, Tübingen 1836 (s. besonders S. 153 f.).

R.

Digitized by Google

gen in Folge ihrer jetzigen Landesunterthänigkeit die rechtsverbindende Kraft der Territorial-Legislation im allgemeinen feststeht, so ist darauf theils um deßhalb, weil generelle Gesetze dem jus speciale nicht derogiren, theils in so fern unerheblich, als rücksichtlich jener zugesicherten Vorrechte ein wahres jus quaesitum begründet ist, welchem neue Gesetze, wofür die Landesgesetzgebung in Betreff der Mediatisirten offenbar anzuerkennen wäre, überall nicht zu präjudiciren vermögen. Bedenken können hier nicht einmal in Betreff derjenigen Landesgesetze entstehen, welche noch vor Abschluß und Annahme der Bundes-Acte, aber erst seit dem Beitritte zum Rheinbunde in den einzelnen Ländern über die hier in Frage stehenden Verhältnisse ergangen sind. Denn da die Mediatisirten, wie sich jener Commissions-Bericht ausdrückt, „nur auf bedingte und beschränkte Weise", d. h. unter Vorbehalt gewisser Vorrechte, in das Unterthanen-Verhältniß eingetreten sind, so hat, in so weit die Landes-Gesetzgebung diesen Vorrechten zu nahe trat, dieselbe eigentlich von Anfang gar keine Rechtsgültigkeit für jene neue Classe von Unterthanen gewonnen; jedenfalls aber steht die Deutsche Bundes-Akte in dieser Beziehung zu der Rheinbunds-Acte in einem Verhältnisse declaratorischer Interpretation, auf welche der sonst unstreitige Grundsatz von der Unzulässigkeit rückwirkender Kraft neuer Gesetze bekanntlich keine Anwendung leidet, und so wird mit jenem Commissions-Berichte unbedingt behauptet werden dürfen, daß allen dem Inhalte des Art. 14 entsprechenden Landesgesetzen, gleichviel aus welcher Zeit sie herrühren, eo ipso durch die Bundes-Acte derogirt sei.

Diese absolut verbindliche Kraft der Bundes-Gesetzgebung wird aber selbst in dem Falle festgehalten werden müssen, daß die Landes-Verfassung jene den ehemaligen Reichsständen garantirten Gerechtsame überall nicht kennt, oder vielleicht geradezu verwirft, und daß sie auf Grundsätzen beruhte, mit welchen jede besondere Bevorrechtigung einzelner Klassen von Unterthanen oder Individuen in directem Widerspruche steht. Zwar würde hier bald für gewisse staats- oder privatrechtliche Verhältnisse eine Ausnahme von dem gemeinen Rechtszustand des Landes ohne Zuthun und wider Willen der Landesherrschaft eintreten, bald gar ein von der Landes-Verfassung für unzulässig erklärtes Privilegium begründet sein. Allein dieß ist einestheils nur Folge der Bundes-Verfassung über-



Digitized by Google

haupt, nach welcher unbestrittener Weise alle organische Beschlüsse der Bundes-Versammlung schlechthin verbindende Kraft in den einzelnen Bundesstaaten haben, vollends also für die Bundes-Akte selbst der unbedingteste Vorzug vor dem Landesgesetze wird vindicirt werden dürfen; anderntheils ist offenkundig der Art. 14 auf nichts anders, als eben auf Begründung, oder vielmehr Bestätigung von Vorrechten und Privilegien gerichtet, so daß, wie dieß auch bei Prüfung der von dem Fürstl. Thurn und Taxisschen Hause angebrachten Beschwerden von der dazu ernannten Bundes-Commission unterm 24. May 1819 ausgesprochen worden [52]), in der Annahme der Bundes-Acte ein Anerkenntniß dieser Berechtigungen mit enthalten ist, und diese keineswegs als wider Willen und ohne Zuthun der einzelnen Regierungen gewonnen gelten können. Endlich sind alle jene Vorrechte, wenn auch nicht überall gebührender Maaßen, anerkannt worden, doch von vorn herein dadurch begründet gewesen, daß die ursprüngliche Standes-Qualität der Reichs-Angehörigen nebst den damit verknüpften Rechten nur theilweise durch die Mediatisirung aufgehoben ist, theilweise fortgedauert hat, und in Uebereinstimmung mit dem mehr erwähnten Commissions-Gutachten, welches sich [53]) sehr passend dahin ausdrückt:

„Die Mediatisirten werden nach dem ihnen in der Bundes-Acte angewiesenen Rechtsstande immer in jedem Staate als privilegirte Classe, und in so weit als Ausnahme von seiner sonstigen betreffenden Gesetzgebung erscheinen können, weil sie ohnedem gar nicht, und nur auf den Grund solcher Privilegien zu jenen Staaten gehören"

wird man die Einräumung aller jener Privilegien gleichsam als die Bedingung betrachten dürfen, unter welcher Standesherren und Reichsritterschaft in das Unterthanen-Verhältniß getreten, ihre früher selbständigen Gebiete zu integrirenden Bestandtheilen der Bundesstaaten geworden sind, und unter welcher allein die Rheinbunds-Fürsten die Landeshoheit im J. 1806 erhalten und bei Gründung des Deutschen Bundes behalten haben, auf deren Erfüllung daher auch beide Klassen ehemaliger Reichs-Angehörigen sowohl von Anfang an einen, nur nicht überall in gehöriger Weise

52) Archiv für standesh. Rechte a. a. O. S. 162.

53) Vollgraff a. a. O. S. VIII.

Digitized by Google

anerkannten Rechtsanspruch gehabt haben, als gegenwärtig, nach bundesmäßig erfolgter Beseitigung aller Zweifel, unbedingt zu bestehen befugt sind.

§. 9.

Kann nun aber hiernach ein von der Bundes-Acte der Reichsritterschaft zugesichertes Recht niemals auf Grund der Landes-Gesetzgebung verweigert oder beschränkt werden, kommt vielmehr letztere nur in so fern in Betracht, als sie entweder bloß eine Bestätigung jener Vorrechte enthält, oder lediglich die Formen, in welchen, und die Grundsätze, nach welchen die Ausübung dieser Gerechtsame statt finden soll, näher bestimmt hat, so wird auch nicht einmal zur Erklärung und Ergänzung von zweifelhaften und unvollständigen Bestimmungen der Bundes-Acte ein irgend erhebliches Gewicht auf die Legislation der einzelnen Territorien gelegt werden dürfen. Denn sollte diese in derartigen Fällen schlechthin maßgebend sein, so würde gewissermaßen die Regierung, obwohl Parthei bei etwanigen Differenzen über die jener Classe von Unterthanen zu gewährenden Rechte, selbst zum Richter werden, und gleichsam den einseitigen Parthei-Behauptungen entscheidende Kraft beigelegt sein. Auch hat die Bundes-Acte für das Verhältniß nicht bloß der territorialen Rechtsverschiedenheit eine Gleichförmigkeit substituiren wollen, was bei unbedingt subsidiärer Gültigkeit der Landes-Gesetzgebung kaum zu erreichen stände, sondern die bundesgesetzlichen Vorschriften sind auch wesentlich darauf berechnet, die bisherigen Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der seit dem J. 1806 über die Stellung der ehemaligen Reichs-Angehörigen ergangenen Landesgesetze zu beseitigen. Es wird daher nicht aus diesen über die obwaltenden Streitpunkte entschieden werden können, sondern zunächst und wesentlich auf eine Entscheidung über Werth und Gültigkeit der Territorial-Gesetzgebung selbst ankommen, und dafür anderweitig eine Norm gewonnen werden müssen.

In dem Falle allein wird für etwanige Differenzen der Art die Landesgesetzgebung als unmittelbare und unbedingt entscheidende Rechtsquelle zu behandeln sein, wenn jene ehemaligen Reichs-Angehörigen in dem einen oder andern Lande sich den über ihren Rechtszustand ergangenen Gesetzen, wie abweichend auch in ihrem Inhalte von den landesgesetzlichen Zusicherungen, freiwillig unter-



Digitized by Google

worfen, und wirklich dieselben als Norm anerkannt hätten. Zwar könnte auch in dieser Beziehung ein Bedenken aus der bekannten Rechtsregel: juri publico haud derogant pactiones privatae, entnommen werden wollen, zumal die Worte der Bundes-Acte: „in allen Bundesstaaten einen gleichförmig bleibenden Rechtszustand zu erschaffen", darauf hinzuweisen scheinen, als ob die beabsichtigte Gleichheit der Rechte sowohl dem Raume als der Zeit nach unabänderlich bestehen sollte. Indessen sind doch offenbar fast alle jene bundesgesetzlicheu Bestimmungen vorzugsweise im besonderen Interesse der betheiligten Individuen und Classen getroffen, und mehr darauf berechnet, deren Rechte der Landes-Verfassung gegenüber zu wahren, als den politischen Zustand des ganzen Bundes zu bestimmen. Einer freiwilligen Unterwerfung unter die abweichenden Bestimmungen der Landes-Gesetzgebung wird daher, in so fern dieselbe nicht einmal im strengen Sinne des Worts als pactio privata zu betrachten wäre, jener allgemeine Rechtssatz nicht entgegengestellt, eben so wenig jener unbestimmten Fassung des Art. 14 der Sinn unbedingter Unabänderlichkeit untergelegt werden können, womit auch die französische Uebersetzung, weil nur von droits égaux ohne weiteren Zusatz sprechend, in Widerspruch stände. In aller Weise wird daher der oben §. 7 mitgetheilten Aeußerung der Bundes-Commission beizutreten sein, daß gegenseitige Convenienz nach freier Uebereinkunft die fraglichen Rechte abändern und modificiren könne.

Nur wird doch ein Anerkenntniß der abweichenden Landes-Verfassung aus bloß duldender Unterwerfung unter die Befehle der Regierung keineswegs zu folgern stehen, und zwar nicht etwa bloß deßhalb, weil zur Zeit des Rheinbundes vielfach die Stellung der ehemaligen Reichsritterschaft zu ihren Landesherrschaften eine solche war, daß die stillschweigende Beruhigung als nothgedrungen sich darstellt, sondern hauptsächlich, weil ein Anerkenntniß der Landes-Gesetzgebung, so weit dieselbe jenen Reichs-Angehörigen weniger Rechte zugesteht, als die Bundesacte gewährt, und nicht bloß in Aussicht gestellt, sondern wirklich ertheilt hat, zugleich einen Verzicht auf wohl erworbene Rechte in sich schlöße, und in Ermangelung ausdrücklicher Erklärung bekanntlich ein Verzicht nur aus schlechthin concludenten Handlungen hergeleitet werden kann. Nicht minder wird jederzeit der gleich unbestrittene Rechtssatz festzuhalten sein, daß jeder, selbst der ausdrückliche Verzicht stricte erklärt werden,

Digitized by Google

und auf diejenigen Fälle, Verhältnisse und Rechte beschränkt bleiben müsse, auf welche die renunciative Erklärung unzweideutig sich bezieht; daher denn in dem Anerkenntnisse eines einzelnen bestimmten, auf die Rechtsverhältnisse jener ehemaligen Reichsunmittelbaren bezüglichen Gesetzes, wie z. B. der früher schon erwähnten Würtembergischen Declaration vom 8. Dezbr. 1821, keineswegs eine unbedingte Unterwerfung unter die gesammte Landes-Gesetzgebung gefunden werden kann, vielmehr deren Inhalt bloß in Betreff der ausdrücklich in diesem speciellen Gesetze erwähnten und normirten Verhältnisse zu einem jus pactitium wird, im übrigen dagegen alle sonstigen, in der Bundes-Acte erweislich begründeten Gerechtsame, trotz dem, daß die Landes-Gesetzgebung überhaupt oder das in Frage stehende Specialgesetz dieselben nicht ausdrücklich zugestanden hat, als vorbehalten, und als fernerhin immer noch zuständig gelten müssen.

### 3) Erörterung der anderweitigen subsidiären Entscheidungsquellen.

### §. 10.

Bei dem geringen Gewichte, welches den bisherigen Ausführungen nach auf die Landes-Gesetzgebung gelegt werden kann, und je mehr zugleich die Bundes-Acte sich auf allgemeine, zum Theil unbestimmte und vieldeutige Erklärungen über die der ehemaligen Reichs-Ritterschaft gebührenden Vorrechte beschränkt hat, ist das Bedürfniß einer subsidiären Entscheidungs-Norm, aus welcher die Bundes-Acte im Falle des Zweifels ihre Erklärung und Ergänzung finden könnte, um so fühlbarer, jedoch die Frage nichts weniger als zweifellos, ob eine solche Hülfsquelle vorliege, und worin diese interpretativ-deklarativen Normen zu finden seien?

Nach Aufzählung der den fürstlichen und gräflichen Häusern zugesicherten Rechte hat bekanntlich der Art. 14 der Bundes-Acte die allgemeine Klausel hinzugefügt: es soll „bei der näheren Bestimmung der angeführten Befugnisse sowohl, wie überhaupt und in allen übrigen Punkten zur weiteren Begründung und Feststellung eines in allen Deutschen Bundesstaaten übereinstimmenden Rechtszustandes der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herren die in dem Betreff erlassene Kön. Baierische Verordnung vom J. 1807 als

Basis und Norm untergelegt werden". Daß damit die Baierische Declaration vom 19. März 1807 [54]) gemeint, und diese für die ehemals reichsständischen Familien, die eigentlichen Standesherren, normativ sei, darüber ist kein Streit. In neuerer Zeit aber ist nicht ohne Scharfsinn, die Ansicht vertheidigt worden [55]), daß diese Declaration auch für die Rechtsverhältnisse der ehemaligen Reichs-Ritterschaft, so weit sie überhaupt nur auf letztere paßt, als legale Ergänzungs- und Erklärungs-Norm anzusehen sei, und daß dafür zugleich die Kön. Bairische Verordnung vom 30. Dezbr. 1806, die der Souverainetät unterworfene Ritterschaft betr., nebst der dazu gehörigen Declar. vom 19. März und 25. May 1807 [56]) als maaßgebend gelten müsse, weil sie mit jener anderen Declaration innerlich verbunden, auch erst im J. 1807 publicirt sei, und jene Clausel der Bundes-Acte nicht bloß von mittelbar gewordenen Fürsten und Grafen, sondern eben so von mediatisirten „Herren" rede, worunter nach dem im Eingange des Art. 14 gemachten Unterschiede zwischen Reichsständen und Reichs-Angehörigen, und nach der sonst für erstere constant festgehaltenen Bezeichnung mit Grafen und Fürsten, nur die Reichs-Ritterschaft verstanden werden könne. Allein daß jene Bezugnahme auf die Baierische Gesetzgebung einzig und allein bei den Erörterungen über die Rechte der Standesherren beantragt und beschlossen worden ist, erhellt aus den Congreß-Verhandlungen [57]) mit gleich unzweifelhafter Gewißheit, als daß man der übrigen Baierischen Verordnungen, welche obenein als Annexum oder gar integrirender Theil jener Declaration vom 19. März in keiner Weise gelten können, überall nicht gedacht hat; eben so wenig kann auf den Ausdruck „Herren", weil offenbar aus der Rubrik der Baierischen Declaration herübergenommen, irgend Gewicht gelegt werden, und dieß um so weniger, als die Baierische Gesetzgebung denselben von der Reichs-Ritterschaft durchaus nicht gebraucht; endlich steht auch jene Clausel dem auf die reichsritterlichen Familien bezüglichen Passus voran, und wird man daher der

---

54) Winkopp a. a. O. Th. II S. 372. v. Meyer a. a. O. Th. II. S. 19.

55) Archiv für standesh. Verh. Th. I. H. 1. S. 81 flg.

56) Winkopp a. a. O. Th. II. S. 218 flg. und Th. V. S. 295 flg.

57) Klüber's Uebersicht Abth. 2 S. 515 flg.

Digitized by Google

gemeinen Meinung schlechthin beipflichten müssen, daß es für die Rechtsverhältnisse des Reichsadels, im Gegensatze der Standesherren, und für die darauf bezüglichen Bestimmungen der Bundes-Acte an einer legal anerkannten, und deßhalb auch ohne weiteres anwendbaren Interpretations- und Ergänzungs-Norm fehle.

Als doctrinelles Hülfsmittel indessen und zur Begründung einer die Lücken und Zweifel der Bundes-Acte beseitigenden Analogie wird allerdings die Baierische Declaration benutzt werden können, und von nicht geringem Gewichte sein. Denn wie zwischen den der Reichs-Ritterschaft und den Standesherren garantirten Rechten eine unverkennbare Correspondenz vorhanden, in Betreff zweier Punkte sogar ohne weiteres auf die für die Fürsten und Grafen gefaßten Beschlüsse remittirt ist, so liegt auch in jener bundesgesetzlichen Bezugnahme auf die Bairische Declaration ein stillschweigendes Anerkenntniß, daß gerade diese Territorial-Gesetzgebung dem durch die Natur der Sache gegebenen, nunmehr theils restituirten, theils garantirten Verhältnisse überhaupt am meisten adäquat sei. Allein immer würden doch die Bestimmungen jenes Bairischen Gesetzes nicht, wie bei den Standesherren an und für sich in Betracht kommen, sondern nur, weil, und in so weit sie als sachgemäß, und der früheren wie jetzigen Stellung der Reichs-Ritterschaft entsprechend anerkannt zu werden verdienen. Als ergänzende und erklärende Quelle würde daher nicht sowohl die Declaration selbst ihrem wörtlichen Inhalte nach, sondern nur die daraus zu rechtfertigende Analogie und ratio legis zu erachten sein, diese letztere aber, wie überall bei rechtlichen Verhältnissen, so auch hier um so mehr für normativ gelten müssen, als bei Dunkelheit der die Reichsritterschaft betreffenden Festsetzungen der Bundes-Acte die Sache offenbar ganz eben so steht, wie wenn über die Rechte der Standesherren „der Art. 14 und die angezogene Bairische Verordnung entweder gar nicht oder nicht ausreichend bestimmt hätten", und für diesen Fall in dem mehr beregten Commissions-Berichte des Bundestages dieß als unzweifelhaft betrachtet wird, „daß dann nur nach den Grundsätzen und dem Sinne jener aufgestellten Normen weiter zu verfahren sein würde". Dabei aber wird man, um zu einer richtigen Analogie zu gelangen, und diese genügend zu rechtfertigen, nicht auf die Bairische Gesetzgebung sich beschränken dürfen, sondern auch die übrigen Particular-Legislationen berücksichtigen müssen,

Digitized by Google

ganz in ähnlicher Weise, wie die Theorie des Deutschen Privatrechts die Particularrechte als doctrinelle Quelle gemeingültiger Grundsätze anerkennt und behandelt. Denn, daß die heutigen Rechtsverhältnisse der Reichsritterschaft, bei aller Verschiedenartigkeit und formellen Sonderung der particulären Landes-Verfassungen, in dem früheren Rechtszustande derselben vor Auflösung des Reichs einen inneren Zusammenhang haben, ganz wie die particulären Landesrechte in einer Gemeinschaft des Ursprungs stehen, ist nicht zu verkennen; eben so wenig daß, wie hier die Reception des Römischen Rechts das für die Umgestaltung entscheidende Moment gewesen ist, so dort die Auflösung des Reichs und der daran geknüpfte Verlust der Immedietät einen gleich durchgreifenden Einfluß geübt hat; selbst darin liegt eine Aehnlichkeit vor, daß im Privatrechte nicht sowohl die Reception des Römischen Rechts an sich, sondern die zu jener Zeit herrschende irrige Ansicht von dessen Werthe und Bedeutung zur Umwandlung der privatrechtlichen Institute und Grundsätze geführt hat, gleicherweise aber auch für die den Rechtszustand der ehemaligen Reichs-Angehörigen normirende Landes-Gesetzgebung weniger deren Unterwerfung unter die Landeshoheit, als der falsche Begriff entscheidend gewesen ist, welchen die Doctrin des rheinbündischen Staatsrechts mit der neu gewonnenen Souveränetät verknüpft, die Gesetzgebung jener Zeit zu Grunde gelegt, und erst die Bundes-Acte rücksichtlich der hier in Frage stehenden Verhältnisse regulirt hat. Die Uebereinstimmung der Landes-Verfassungen und Gesetzgebungen wird zwar hier so wenig, wie im Privatrecht, an sich entscheiden können; in so fern aber in Betreff der Gerechtsame der Reichsritterschaft ein gleichförmig oder mehrfach anerkannter Rechtssatz sich zugleich als ein solcher erweiset, welcher der Natur der Sache, d. h. der Stellung entspricht, welche für diese Classe von Unterthanen geschichtlich begründet, und in der Bundes-Acte näher bestimmt und garantirt ist, wird allerdings auf jene Uebereinstimmung Gewicht gelegt, und darin eine bestätigende Rechtfertigung derjenigen Grundsätze gefunden werden dürfen, welche sich ex ratione legis und ex analogia zur Ergänzung und Erklärung der Bundes-Gesetzgebung darbieten.

Wenn jedoch solchergestalt die Landes-Gesetzgebung, nur mehr in ihrer Gesammtheit, als die des einzelnen Bundesstaats, für eine doctrinell-subsidiäre Entscheidungs-Norm anzuerkennen ist, so wird gleichwohl nicht außer Acht bleiben dürfen, daß die in der Bundes-

Digitized by Google

Acte der Reichsritterschaft zugesicherten, oder vielmehr als deren jus quaesitum anerkannten Gerechtsame jenen Familien streng genommen schon im Momente der unterzeichneten Rheinbunds-Acte gebührten, welche in der That nach der sehr richtigen Aeußerung jener Bundes-Commission, „der erste Titel zur Unterordnung der vormaligen Reichsstände und Reichs-Ritterschaft", andererseits aber auch „für den andern Theil das Fundament der Subjection" war, und welche eigentlich sofort und ausdrücklich die nun bundesmäßig fixirten Vorrechte hätte zusprechen und gewähren sollen. Nicht minder ist in Erwägung zu ziehen, daß alle diese Prärogativen gleichsam nur Ueberreste der früheren obrigkeitlichen Gewalt und der Reichsunmittelbarkeit jener Familien sind, also ihrem eigentlichen Ursprunge nach aus einer Zeit datiren, wo deren jetzige Inhaber noch nicht der Hoheit ihrer heutigen Landesherrschaft, und eben so wenig der particularen Landes-Gesetzgebung unterworfen waren, sondern allein die Competenz der Reichsgerichte und die Gewalt des Reichs-Oberhaupts anzuerkennen brauchten. Hiernach wird denn in den Fällen, wo für dunkle und unvollständige Bestimmungen der Bundes-Acte nicht einmal auf dem vorher angedeuteten Wege zur sicheren Entscheidung ex analogia zu gelangen ist, keineswegs der Inhalt der speciellen Landes-Gesetzgebung, welcher jetzt die betreffenden reichsritterschaftlichen Geschlechter unterworfen sind, sofort als unbedingt gerechtfertigt und schlechthin verbindend anerkannt zu werden vermögen. Unerläßlich erscheint es vielmehr, zuvor noch die Rechtsverfassung des einzelnen Landes zur Zeit des Rheinbunds-Vertrages in Betracht zu ziehen, ob etwa nach dieser, wenn gleich anfangs das Rechtsverhältniß jener Reichs-Angehörigen richtig aufgefaßt wäre, das in Frage stehende Vorrecht gebührt hätte, und darnach zu einem, nur nicht gewährten, jus quaesitum geworden sei. Es wird sogar, in ähnlicher Weise wie es noch jetzt für die Austrägal-Entscheidung der zwischen Bundesgliedern obwaltenden Rechts-Differenzen anerkannt worden ist, ein Recurs auf die zur Zeit des Reichs für die Reichsgerichte in Sachen der Reichsunmittelbaren geltenden gemeinen Rechtsnormen unerläßlich sein, und erst wenn auch aus diesen, natürlich nach Maaßgabe der nun einmal unwiderruflich feststehenden Landsässigkeit des ehemaligen Reichs-Adels, und nach Maaßgabe der nothwendig mit der Souveränetät verknüpften Gerechtsame, das in Anspruch genommene Vor-

Digitized by Google

recht in keiner Weise gerechtfertigt zu werden vermag, wird den entgegenstehenden Vorschriften der speciellen Landes-Verfassung und Landes-Gesetzgebung unbedingte Autorität vindicirt werden dürfen, in so fern also auch hier in dem gemeinen Rechte eine immer noch praktisch gültige, obschon nur subsidiär entscheidende Rechtsquelle anzuerkennen sein.

## III. Prüfung der vorliegenden, den Polizei-Gerichtsstand der ehemaligen Reichsritterschaft betreffenden Rechtsfragen.

### 1) Beseitigung unerheblicher Argumente und Feststellung der entscheidenden Rechtsmomente.

### §. 11.

Nach den durch die voranstehende Ausführung gewonnenen Resultaten über die staatsrechtliche Stellung der ehemaligen Reichsritterschaft zur Landes-Verfassung, und über die Rechtsnormen, nach welchen diese Verhältnisse im Falle einer Differenz zu beurtheilen seien, wird es nun, um auf die zur Begutachtung gestellte Frage selbst einzugehen, zuvörderst keinem Bedenken unterliegen, daß diejenigen Argumente entscheidenden Gewichts gänzlich entbehren, welche man theils bei der ständischen Berathung des Würtembergischen Polizei-Strafgesetzes v. J. 1839, theils anderweitig [58]) wider die polizeiliche Exemtion des reichsritterschaftlichen Adels daraus hat entnehmen wollen, daß deren Bewilligung sowohl einen verfassungswidrigen Unterschied zwischen dem Adel und den übrigen Ständen begründen, als die verfassungsmäßige Gleichstellung des ehemals reichsunmittelbaren und des von jeher landsässigen Adels aufheben würde, und daß Unterschiede zwischen den Ständen vor den Behörden mit dem Wortlaute und dem Geiste der Verfassung in Widerspruch ständen.

Denn selbst zugegeben, daß die Würtembergische Verfassungs-Urkunde v. J. 1819 das Prinzip absoluter Gleichheit aller Staats-Unterthanen ausgesprochen, und alle ständischen Rechts-Verschieden-

---

58) Mohl a. a. O. §. 91 Note 6.

Digitized by Google

heiten schlechthin verworfen hätte, was übrigens sowohl mit §. 21 der V.U. in Widerspruch steht, als mit richtiger Interpretation des §. 26 [59]), so würde das doch um deßhalb nicht weiter in Betracht kommen, weil die bundesgesetzlichen Rechte der Reichs-Ritterschaft, wie oben §. 8 ausgeführt worden, so lange als absolut nothwendige Ausnahme und Privilegien gelten, und selbst gegen den unzweideutigen Buchstaben der Verfassungs-Urkunde aufrecht erhalten werden müßten, bis ein freiwilliger, unzweifelhafter und bindender Verzicht auf jene Vorrechte nachgewiesen wäre. Was aber die angeblich verwerfliche Sonderung des ehemaligen Reichs- und des Landes-Adels betrifft, so hat die Verf.-Urkunde selbst, indem sie im §. 42 über die Ausübung der im Art. 14 der B.A. der Ritterschaft zugesicherten Rechte besondere Bestimmungen in Aussicht stellte, eine solche Verschiedenheit als zulässig bezeichnet, und die Verordn. vom 24. Okt. 1825, welche die auf den Reichsadel allein bezügliche Declar. v. 8. Dezbr. 1821 auf die gesammte Ritterschaft ausdehnte, hat zwar eine völlige Gleichheit beider Classen des Adels bewirkt, immer aber doch nur eine äußerliche, während innerlich die Differenz nach wie vor besteht. Denn, daß für die landsässige Ritterschaft der Titel zu den ihr gegenwärtig zustehenden Vorrechten lediglich in gedachter Verordnung liegt, mithin über deren Wortlaut hinaus ein Rechts-Anspruch gänzlich fehlt, und daß für die Fortdauer aller deßfallsigen Vorrechte dieser Classe des Adels nicht einmal diejenige Gewähr gegeben ist, welche den grundverfassungsmäßigen Bestimmungen beiwohnt, unterliegt keinem Zweifel, da die landsässige Ritterschaft es weder für Rechtsverletzung noch Hintansetzung hätte ausgeben können, wenn die Regierung zur Ausdehnung der Declaration vom J. 1821 sich nicht bewogen gefunden hätte, ausserdem aber auch diese Erweiterung nur im Verordnungs-Wege eingetreten ist. Der Anspruch dagegen des reichsritterschaftlichen Adels auf die in jener Declaration anerkannten Vorrechte beruht auf der Bundes-Acte, welche durch erstere, so weit beide übereinstimmen, nur eine Bestätigung, so weit dagegen jene abweicht, aber förmlich von den reichsritterschaftlichen Familien angenommen ist, eine rein vertragsmäßige Modification erfahren hat. Ihr Fundament hat daher diese Berechtigung nicht sowohl in der Landes-

---

59) Mohl a. a. O. Th. I. §. 71 Note 13 u. 14.

Digitized by Google

als Bundes-Verfassung, und obschon die Reichsritterschaft zum Widerspruch gegen die von der Regierung beliebte Erweiterung jener Vorrechte auf den gesammten Adel nicht befugt war, so darf doch unzweifelhaft behauptet werden, daß diese bundes- und resp. vertragsmäßigen Rechte dem Reichs-Adel wider Willen weder entzogen noch geschmälert werden können, selbst nicht durch gemeinsamen Beschluß der Regierung und der Stände, welchem der übrige Adel sich würde unterwerfen müssen. Bei so wesentlicher Differenz, und je mehr die zur Zeit bestehende Gleichheit beider Adels-Klassen nur äußerlich und factisch gegeben ist, kann also über die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit des für den ehemaligen Reichs-Adel gestellten Antrags auf Exemtion in Polizeisachen dies in keiner Weise entscheiden, daß dem übrigen Adel weder ein gleiches Vorrecht bewilligt werden sollte, noch rechtlich von demselben beansprucht werden könnte, mithin eine Differenz des Rechtszustandes beider Klassen eingetreten wäre; vielmehr würde, wenn anders nur aus der Bundes-Acte oder aus der vertragsmäßig anerkannten Declaration ein Rechtsanspruch der ehemaligen Reichs-Ritterschaft auf eximirten Gerichtsstand deducirt zu werden vermag, diese Exemtion als völlig verfassungsmäßig anzuerkennen sein, und nicht für ein neu verliehenes Privilegium, sondern nur für ein längst begründetes, aber bisher noch nicht factisch gewährtes und landesgesetzlich bestätigtes Vorrecht gelten müssen.

§. 12.

Gleich unerheblich, als diese der beantragten Exemtion entgegengestellten Argumente, erscheint es andrerseits, wenn man bei den Verhandlungen der Würtembergischen Kammer den Antrag dadurch allein schon rechtfertigen zu können vermeint hat, daß eine Exemtion des reichsritterschaftlichen Adels von den Ortsbehörden zweckmäßig erscheine und daß ja doch für die standesherrlichen Familien ein solches Vorrecht in Polizei-Angelegenheit zugestanden worden sei. Denn beruhte die den letzteren zugestandene Exemtion, wie in der That die Würtembergische Regierung und Stände-Versammlung die Sache aufgefaßt zu haben scheint, wirklich nicht auf einer wahren Rechts-Nothwendigkeit, sondern wäre sie nur als zweckmäßig und billig erachtet worden, so könnte offenbar gar keine Folgerung zu Gunsten des reichsritterschaftlichen Adels darauf ge-

Digitized by Google

gründet und um so weniger dem Resultate der Verhandlungen der Vorwurf der Inconsequenz oder gar der Rechtswidrigkeit gemacht werden. Von dem entgegengesetzten, unsers Erachtens richtigen Gesichtspunkte aus würde dagegen immer nur bei absoluter Gleichheit zwischen beiden Klassen der Mediatisirten jenes Argument ohne weiteres als ein „folgerichtiges" erscheinen; eine solche Gleichheit aber ist in Abrede zu nehmen, man möge die früheren standes- und staatsrechtlichen Verhältnisse jener Personen, als deren Folge und Ueberbleibsel die jetzigen Vorrechte derselben sich darstellen, oder die in der Rheinbunds- und Deutschen Bundes-Acte der einen und der andern Klasse ertheilten Zusicherungen ins Auge fassen. Nur ihrer rechtlichen Bedeutung überhaupt nach stehen sich die Privilegien beider Klassen einander gleich, in wie fern nämlich früher den Standesherren alle, der Ritterschaft die meisten Regalien zukamen, und von diesem regalischen Besitze die jetzigen Vorrechte datiren, in wie fern andrerseits beiden Theilen ein von der Landes-Gesetzgebung völlig unabhängiger, in der Bundes-Acte gleicher Weise begründeter Rechtsanspruch auf gewisse Privilegien zukommt. Hingegen was Art, Umfang und Inhalt dieser Bevorrechtung betrifft, so ist eine Differenz evident, und der einen Klasse werden an sich gewisse Rechte, und zwar unabhängig von der Landes-Gesetzgebung und unbedingt nothwendiger Weise, wohl zustehen können, auf welche die andere Klasse einen Rechtstitel überall nicht hat, sondern nur durch Zugeständniß, also aus freiem Belieben der Landesherrschaft einen Anspruch gewinnen könnte. Das bloße Factum, daß den Standesherren ein oder das andere Privilegium verliehen ist und zukommt, entscheidet daher für sich allein gar nicht, wenn schon es dann nichts weniger als unerheblich ist, wenn sich nachweisen läßt, daß diejenigen inneren Gründe und äußeren Umstände, in Folge deren, der mangelnden ausdrücklichen Zusicherung ungeachtet, ein solches Vorrecht den Standesherren, und zwar nicht aus Gunst und freiem Belieben, sondern wegen desfalls begründeten Rechts-Anspruchs, zugestanden worden ist, in ganz gleicher Weise und Stärke bei denjenigen Familien und Gütern vorliegen, welche der ehemaligen Reichs-Ritterschaft angehören. Nur unter dieser Voraussetzung und auf Grund eines solchen Nachweises wird eine Schluß-Folgerung von den Standesherren auf den Reichs-Adel gestattet, vollends aber ohne alles Gewicht die bloße Zweckmäßig-

Digitized by Google

keit sein, über deren Dasein und Werth nicht bloß immer je nach dem mehr persönlich-standlichen, oder objectiv-staatlichen Gesichtspunkte eine sehr erklärliche und geradehin unvermeidliche Divergenz der Ansichten obwalten wird, sondern welche auch nicht einmal über die Rechtmäßigkeit, geschweige denn über die Rechtszuständigkeit der hier erhobenen oder sonstiger Ansprüche entscheiden kann.

Die Erledigung des hier obschwebenden Rechtsbedenkens hängt vielmehr nach den früheren Ausführungen und mit Rücksicht darauf, daß der Würtembergische reichsritterschaftliche Adel mit wenigen Ausnahmen die erwähnte Declaration vom 8. Decbr. 1821 anerkannt hat, zunächst von der Frage ab, ob dies letztere Landes-Gesetz, welches, so weit es entweder in Conformität mit den bundesmäßigen Zusicherungen für den Reichs-Adel steht, oder doch durch freien Vertrag angenommen ist, unzweifelhaft normativ wäre, einen privilegirten Polizei-Gerichtsstand direct zuspricht, oder wenigstens implicite einen wohlbegründeten Rechtsanspruch darauf gewährt. Dafern aber weder das eine noch das andere zu behaupten steht, wird lediglich der wörtliche Inhalt und Sinn des Art. 14 der Bundes-Acte als entscheidend anzuerkennen sein, und dafern hieraus ein Recht auf polizeiliche Exemtion deducirt zu werden vermag, wird auch ein von dem Inhalte der Landes-Gesetzgebung völlig unabhängiger Rechts-Anspruch auf wirkliche Gewährung dieses Privilegii auch dem ehemaligen Reichs-Adel des Königreichs Würtemberg so lange zur Seite stehen, und zugestanden werden müssen, als nicht ein rechtsgültig bindender Verzicht auf die desfallsige bundesgesetzliche Zusicherung nachgewiesen wird.

## 2) Prüfung der aus der Königl. Würtembergischen Declaration vom 8. Dezbr. 1821 resultirenden Rechtsgründe.

### §. 13.

Eine ausdrückliche Bestimmung über das für die Mitglieder der ehemaligen Reichs-Ritterschaft in Polizei-Sachen eintretende Forum findet sich in der mehrgedachten Declaration vom 8. Dezbr. 1821 überall nicht vor, indem zwar den ritterschaftlichen Gutsbesitzern, da wo sie die Patrimonial-Jurisdiction haben, im §. 31 flg. auch die Orts-Polizei unter der Bedingung zugestanden

Digitized by Google

ist, daß sie dieselbe entweder durch ihre Rentbeamten oder durch eine besondre Behörde ausüben lassen, die Frage dagegen ganz unberührt geblieben ist, ob und in wie weit die Gutsherren und deren Angehörige innerhalb ihres Besitzthums ihren eignen Beamten, sonst den gewöhnlichen Polizeistellen, oder ob nur den höheren für die Polizei-Verwaltung bestimmten landesherrlichen Behörden untergeben seien. Wenn überhaupt auf diese Declaration, kann daher die Exemtion der reichsritterschaftlichen Personen in Polizei-Sachen lediglich auf die allgemeine Fassung des §. 16 gegründet werden, wonach dieselben „in allen Personalklagen, so wie in allen Realklagen, welche sich auf ihre in der Ritter-Matrikel begriffenen Güter beziehen, für sich und ihre Familien einen privilegirten Gerichtsstand, in erster Instanz bei den betreffenden Kreisgerichten, und in zweiter und letzter Instanz bei dem Ober-Tribunale" haben sollen.

Einer analogen Anwendung dieser Bestimmung auf Polizei-Sachen scheint nun zwar auf den ersten Blick unbedingt dies entgegenzustehen, daß der zeitige Verwaltungs-Organismus des Königreichs Würtemberg entschieden auf Sonderung der Rechtspflege und Polizeiverwaltung beruht, letztere durchgängig und in allen Instanzen besonderen Behörden anvertraut ist, und den Gerichten eine Theilnahme daran in keiner Weise zusteht [60]). Allein zunächst ist diese Scheidung nicht mit absoluter Strenge durchgeführt, indem in den Ortsvorständen und Gemeinde-Obrigkeiten eine Combination richterlicher und polizeilicher Functionen noch fortbesteht, auch den übrigen Verwaltungs- so wie den Polizei-Behörden eine Strafgerichtbarkeit geblieben ist. Sodann aber bezieht sie sich nur auf den äußeren Verwaltungs-Organismus und die formelle Behandlung der Polizeisachen, keineswegs aber ist damit auch innerlich Rechtspflege und Polizei-Verwaltung in dem Maaße geschieden, daß sie gar nicht mehr als correlat gelten könnten, wie denn auch nicht bloß das General-Rescr. v. 10. Mai 1809 [61]) diese Zusammengehörigkeit darin anerkannt hat, daß die Aufhebung der Patrimonial-Gerichtbarkeit den Wegfall der standes- und grundherrlichen „Criminal-, Civil- und Forstgerichtbarkeit" so wie „aller auf Polizei-Gegenstände sich beziehenden Jurisdiction" zur Folge haben sollte,

60) Mohl a. a. O. Th. II. §. 146 u. 183.

61) Winkopp a. a. O. Th. XI. S. 326.

Digitized by Google

sondern ebenso in der Verordnung vom 31. Dez. 1818, betr. die Organisation der untern Staats-Verwaltung [62]), die „Jurisdictions-, Polizei- und Aufsichtsrechte" der Standesherren und Reichs-Ritterschaft als mit einander verbunden hervortreten, und sogar die in Frage stehende Declaration v. J. 1821 selbst diese innere Beziehung beider Hoheitsrechte darin anerkannt hat, daß die rechtmäßig hergebrachte Patrimonial-Gerichtbarkeit auch auf die niedere und Orts-Polizei, im Gegensatze der höheren und Landes-Polizei, einen Anspruch gewähren soll. Für unbedingt unzulässig möchte daher eine Folgerung aus den für die Rechtspflege bestehenden Einrichtungen auf die Verwaltung der Polizei-Angelegenheiten schwerlich zu erachten sein, wenigstens in so weit nicht, als die Ausübung der Polizei-Gewalt einen judicatorischen Charakter hat, oder die Entscheidung gewisser Rechtssachen durch die Gesetzgebung zur ausschließlichen Competenz der Polizei-Behörden überwiesen ist. Daß Privilegien eine extensive Deutung und analoge Anwendung nicht zulassen, steht nicht entgegen, da jene Declaration nicht sowohl Vorrechte ertheilt, als vielmehr nur die in Folge des früheren Rechtszustandes der ehemaligen Reichs-Angehörigen und auf Grund der Bundes-Acte, ganz unabhängig von der Landes-Gesetzgebung, begründeten Gerechtsame anerkannt hat, als Privilegium daher nicht zu betrachten ist. Für die Zulässigkeit einer solchen Extension aber spricht, daß unbestrittener Weise die Reichsritterschaft in Würtemberg auch in Criminalsachen, deren im angeführten §. 16 durchaus nicht gedacht ist, vor den Kreis-Gerichten allein ihr Forum hat [63]), somit in Betreff dieser Art von Rechtssachen, mit welcher die Ahndung der Polizei-Vergehen in aller Weise verglichen werden kann, die generelle Fassung jenes §. unbestritten eine analoge Anwendung erfahren hat. In wiefern daher nicht etwa bloß für Civil-Klagen, sondern für Personal-Klagen überhaupt und obenein für alle eine Exemtion von den unteren Instanzen in jener Declaration anerkannt ist, dürfte schon auf dieses Gesetz ein nichts weniger als unerhebliches Argument für die Ansprüche der reichsritterschaftlichen Familien auf eximirten Polizei-Gerichtsstand gegründet werden können.

---

62) Pölitz a. a. O. S. 426 flg.

63) Mohl a. a. O. Th. I. §. 9. S. 508.

Digitized by Google

Jedenfalls aber kann den desfallsigen Ansprüchen gedachte Declaration nicht in der Art entgegengestellt werden, daß deren vergleichsweise erfolgte Anerkennung als Verzicht auf alle und jede, aus der Deutschen Bundes-Acte desfalls resultirenden Rechte zu betrachten wäre. Denn eine Unterordnuug der ehemaligen Reichs-Ritterschaft unter die niederen Polizei-Behörden ist darin eben so wenig direct ausgesprochen, als es deren Exemtion ist; der Verzicht aber auf eigene Polizei-Gewalt und Patrimonial-Gerichtbarkeit, zu deren Ueberlassung an den Staat sich der größere Theil der Ritterschaft verstanden hat, entscheidet nicht bloß nur für die einzelnen Individuen, Familien und Güter, ohne damit für die Nicht-verzichtenden, überhaupt für den ganzen Stand eine allgemeine Regel zu begründen, und ist nicht bloß nur bedingungsweise eingetreten, sondern es ist auch ein wesentlicher Unterschied nicht zu verkennen, zwischen dem Rechte eigner Polizei-, und Jurisdictions-Gewalt und dem Exemtions-Anspruche, da letzteres Vorrecht mehr passiver Art ist, und nicht die Ausübung regalischer Rechte, sondern nur die Art der Unterordnung unter die landesherrliche Justizhoheit betrifft. Obwohl beide Vorrechte gewöhnlich mit einander verbunden sind, so stehen sie doch nicht in einer solchen inneren Connexität, daß der Verlust des einen nothwendig das andere entzöge, wie denn auch in Rechtssachen der eximirte Gerichtsstand nach wie vor noch denjenigen zugestanden wird, welche ihrer Patrimonial-Jurisdiction entsagt haben. Wenn anders nur und so weit aus der Bundes-Acte ein Rechtsanspruch der Reichsritterschaft auf polizeiliche Exemtion deducirt zu werden vermag, wird sonach die freiwillige Aufgabe der Ortspolizeigewalt und die freiwillige Annahme jener Declaration in keiner Weise als Renunciation auf jenen Anspruch gedeutet werden können, noch daraus irgendwie eine freiwillige Unterwerfung unter die Gerichtbarkeit und Gewalt der niederen Polizei-Behörden zu folgern stehen.

### 3) Erörterung der in der Bundes-Acte enthaltenen Bestimmungen.

### §. 14.

Eine directe Entscheidung der hier obschwebenden Frage ist in dem Art. 14 der Deutschen Bundes-Acte, welche nach dem



Digitized by Google

Bisherigen einzig und allein, aber auch unbedingt maßgebend wäre, eben so wenig enthalten, als in dem bisher erörterten Landesgesetze. Dieselbe beschränkt sich darauf, dem ehemaligen Reichs-Adel neben der Patrimonial- und Forstgerichtbarkeit die Orts-Polizei, außerdem den privilegirten Gerichtsstand zuzusichern, ohne die in dem Rechte der Orts-Polizei enthaltenen Befugnisse aufzuzählen, ohne zugleich näher die Arten von Rechtssachen zu bestimmen, auf welche das privilegium fori Anwendung leide. Daß man aber dabei auch die polizeilichen Ressort-Verhältnisse in Betracht gezogen, eine polizeiliche Exemtion zu bewilligen im Sinne gehabt habe, ist weder aus dem, was über die Wiener Congreß-Verhandlungen bekannt geworden, noch aus dem französischen Texte zu entnehmen, dessen Fassung: „de n'être pas justiciable des tribunaux ordinaires", zwar in so fern allgemeiner ist, als être justiciable an sich von polizeilichen Uebertretungen und andern Polizeisachen verstanden werden könnte, gleichwohl aber durch den Ausdruck tribunaux auch eine entschiedene Beziehung auf die Rechtspflege hat. Ob nach dem Sinne der Bundes-Acte, und auf Grund analoger Ausdehnung des für Rechtssachen unzweifelhaft zugesicherten Exemtions-Privilegii der Reichs-Ritterschaft ein privilegirter Gerichtsstand in Polizei-Sachen zukomme, ist somit die Frage, auf welche alles sich reducirt.

In dieser Beziehung läßt sich nun bei näherer Prüfung nicht verkennen, daß die vollkommenste Parität zwischen dem standesherrlichen und dem reichsritterschaftlichen Adel, sowohl was deren frühere Gerichtsstands-Verhältnisse betrifft, als rücksichtlich der neuerdings beiden Klassen ertheilten bundesmäßigen Zusicherungen besteht. Umfang und Art des privilegirten Gerichtsstandes ist für die Standesherren im Art. 14 der Bundes-Acte so wenig näher bestimmt, als für den Reichsadel, sondern auch nur im Allgemeinen dessen Zuständigkeit ausgesprochen, und weder kann darauf Gewicht gelegt werden, daß dies Vorrecht dort mit der etwas abweichenden französischen Fassung: le privilège de n'être justiciable que des tribunaux superieurs bezeichnet wird, noch läßt sich behaupten, daß bei dem Reichs-Adel der Genuß dieses Privilegii, gleichwie die übrigen Vorrechte der Landstandschaft, Patrimonial-Jurisdiction, Ortspolizei und des Patronats, an die Bedingung der Ansässigkeit mit einem ehemals in die Reichs-Ritterschafts-

Digitized by Google

Matrikel eingetragenen Gute geknüpft sei; dieß würde eben sowohl mit der Natur aller fora privilegiata personarum, als mit der Fassung des Art. 14 im Widerspruche stehen, in wie fern darüber, daß die Schlußworte: „und der privilegirte Gerichtsstand" disjunctiv, nicht conjunctiv an die vorangehenden Zusicherungen „Antheil der Begüterten an Landstandschaft, Patrimonial- und Forstgerichtsbarkeit, Ortspolizei, Kirchenpatronat" angeknüpft werden, kein Zweifel obwalten kann, am wenigsten nach der französischen Uebersetzung, welche dahin lautet: L'ancienne noblesse immédiate de l'Empire jouira *des* droits énoncés aux §. 1 et 2, *de celui* de siéger à l'assemblée des états, d'exercer la juridiction patrimoniale et forestière, la police locale et le patronat des églises, *ainsi que de celui* de n'être pas justiciable des tribunaux ordinaires. Andererseits ist zwar mit Rücksicht auf die früher ausgedehnteren, auf wahrer Landeshoheit beruhenden Rechte der mediatisirten Reichsstände, und den früher so verschiedenartigen Besitzstand der reichsritterschaftlichen Familien diesen letzteren nur ganz im allgemeinen Patrimonial-Gerichtsbarkeit und blos das Kirchenpatronat zugestanden, während den Standesherren in kirchlicher Beziehung überhaupt „die Aufsicht in Kirchen und Schulsachen" zukommen soll, und in Beziehung auf Rechtspflege ausdrücklich auch die Criminal-Gerichtsbarkeit, so wie unter Voraussetzung hinreichenden Umfangs der Besitzungen die Jurisdiction in zweiter Instanz garantirt wird. Allein darin stimmt doch wieder in Betreff beider Klassen die Bundes-Acte überein, daß sie, anbelangend die Polizei-Angelegenheiten, hier wie dort nur ganz allgemein und unbestimmt der „Orts-Polizei" Erwähnung thut. Nicht minder tritt eine Parallele zwischen beiden Classen für die hier in Frage stehenden Verhältnisse in der Rheinbunds-Acte hervor, indem diese weder unter den speciell den Standesherren garantirten Rechten das Recht der Ortspolizei aufführt, noch abgesehen von der für Criminalsachen bestätigten Austrägal-Instanz über den Gerichtsstand derselben irgend eine Bestimmung getroffen hat, diese Punkte also eben so unentschieden läßt, als in Betreff der Reichsritterschaft, und für beide Classen rücksichtlich des Polizei-Regals nur in so fern indirect eine Norm an die Hand giebt, als der Art. 26 unter den droits de souveraineté, welche wie früher bemerkt, über alle Mediatisirten in gleicher Weise vorbehalten sind, neben der juridiction suprême nur die haute police nennt. Zieht



Digitized by Google

man aber den Rechtszustand beider Klassen zur Zeit der Reichs-Verfassung, welcher doch als Quelle und Fundament der ihnen jetzt noch zukommenden Vorrechte anzuerkennen ist, in näheren Betracht, so kam zwar der Blutbann oder die Criminal-Gerichtsbarkeit in vielen reichsritterschaftlichen Gebieten nicht den Besitzern zu, sondern benachbarten Fürsten, bald auf Grund kaiserlicher Privilegien, bald in Folge eigenmächtiger Erweiterung der Lehnsherrlichkeit [64]), während die Reichsstände, weil im Besitz wahrer Landeshoheit, auch regelmäßig in ihren Gebieten diese Art der Gerichtsbarkeit übten; allein darüber, daß dem Reichsadel innerhalb seiner unmittelbaren Besitzungen die Civil-Jurisdiction und die damit verbundene Polizeihoheit gebühre, war kein Zweifel [65]), und nach dieser Seite hin also völlige Parität mit den reichsständischen Häusern vorhanden. Gleich wie bei diesen war nicht minder in Rechtssachen der Reichsritterschaft die ausschließliche Competenz der Reichsgerichte anerkannt [66]), nur daß sie der Jurisdiction der übrig gebliebenen kaiserlichen Landgerichte, so weit nicht Exemtionen entgegenstanden, noch weniger als die eigentlichen Reichsstände sich zu entziehen vermochten [67]). Auch war die Ansicht nichts weniger als unbestritten, daß eine solche Exemtion von aller eigentlich landesherrlichen Gerichtsbarkeit weder überhaupt den bloßen Personalisten, noch selbst den begüterten Reichsrittern in dem Falle zukäme, wenn sie außerhalb ihres eigenen Besitzthums in reichsständischen Orten lebten, oder während vorübergehenden Aufenthalts in fremden Landen einer Uebertretung der dortigen Gesetze u. s. w. sich schuldig machten [68]). Endlich kann auch die von den ritterschaftlichen Directorien über die Mitglieder der Reichsritterschaft geübte Polizei-Gewalt keineswegs als bloße Folge der Kreis-Verfassung und corporativen Einigung

---

64) Pfeiffer a. a. O. Th. II. S. 62 u. 129. Kerner's Staatsrecht der unmittelbaren freien Reichs-Ritterschaft Th. I. S. 256 flg.

65) Pfeiffer a. a. O. S. 82. 93. 203. 207. Kerner a. a. O. S. 245. 263. 298.

66) Pfeiffer a. a. O. S. 38 flg. und 54 flg. Kerner a. a. O. Thl. III. S. 83.

67) Kerner a. a. O. Th. I. S. 241 flg. und Th. III. S. 68.

68) Pfeiffer a. a. O. S. 41 flg. und 69. Kerner Th. II. S. 162. 174 und Th. III. S. 37 flg. 225.

Digitized by Google

gelten, sondern wesentlich abhängig von kaiserlichen Befehlen[69]), war sie gleichfalls mehr Folge der Reichsunmittelbarkeit, mithin auch nach dieser Seite der politischen Stellung hin[70]) eine Analogie mit den reichsständischen Häusern gegeben, welche allerdings in polizeilichen Angelegenheiten eben so wenig als in Rechts- und anderen Sachen ihren Mitständen eine Hoheitsgewalt über sich zugestanden, sondern nur die Kreis- und Reichs-Verfassung als normativ für sich anerkannten.

## §. 15.

Bei so evident vorliegender Analogie würde die Bairische Verordnung vom 19. März 1807, welche sich oben als doctrinales, wenn auch nicht legales Interpretations-Mittel für die der Reichs-Ritterschaft zukommenden bundesmäßigen Vorrechte erwiesen hat, keineswegs bloß von adminiculirendem Werthe, sondern jeden Zweifel zu lösen geeignet sein, wenn nur nicht auch dieses Gesetz jeder directen, positiven Bestimmung über die Competenz-Verhältnisse in Polizei-Sachen ermangelte. So aber giebt dasselbe nur in so fern einigen Anhalt, als theils aus den Bestimmungen sub D Nr. 1 und sub L Nr. 2 sich ergiebt, daß man hier Polizei- und Justiz-Regal, deren combinatorische Ausübung durch dieselbe Behörde gestattet ist, als ihrer Natur nach mit einander verwandt angesehen hat, theils sub E Nr. 1 die Ausübung der als Souveränetäts-Recht schon in der Rheinbunds-Acte bezeichneten höheren Polizei, so weit auf die Standesherren bezüglich, schlechthin „der einschlägigen oberen administrativen Landesstelle" beigelegt wird, theils endlich sub A Nr. 11 bei den von solchen Personen begangenen Verbrechen „der gewöhnlichen Obrigkeit" im Gegensatze der competenten Hofgerichte" kein weiteres Recht beigelegt ist, als ausnahmsweise nach Beschaffenheit der Umstände und Inhalts des Cod. crim. Bavaricus T. I. c. 6. §. 5 die erste polizeiliche Einschreitung durch vorläufige Bewachung oder anständige Verwahrung des Angeschuldigten eintreten zu lassen. Letzteres weiset darauf hin, daß, so weit nicht die Natur der Sache eine Abweichung nothwendig erfordert,

69) Kerner a. a. O. Th. II. S. 408 flg. 431 flg. v. Berg's Handb. des Polizei-Rechts Th. I. S. 118, Th. IV. S. 326.

70) vgl. Kerner a. a. O. Th. III. S. 73 u. 107 flg.

Digitized by Google

in denjenigen Verhältnissen, wo die Polizei-Verwaltung in näherer Beziehung zur Rechtspflege steht, die Exemtion in den unteren Instanzen für ein wahres Recht der Standesherren, zugleich aber auch für eine Folge des in Betreff des eigentlichen Gerichtsstandes competirenden Privilegii galt. Indem daher das spätere über die staatsrechtlichen Verhältnisse der vormals reichsständischen Fürsten ergangene Edict vom 26. Mai 1818 [71]) außer in „Real- und Personalklagen" und in „peinlichen Fällen" auch für die s. g. „Civil-Strafrechtssachen" den eximirten Gerichtsstand anerkennt, darunter aber offenbar nur die geringeren, bloß polizeilicher Cognition unterliegenden Vergehen zu begreifen sind, ergiebt die Bairische Gesetzgebung wenigstens einigen, und nicht ganz unbedeutenden Anhalt dafür, daß ex ratione legis der Reichs-Ritterschaft gleicherweise ein Anspruch auf polizeiliche Exemtion, so weit mit Zweck und Ausübung dieses Hoheitsrechts überhaupt nur vereinbar, zugestanden werden müsse.

Auf derselben Basis ruhten aber auch, was die Rechtsverhältnisse der Standesherren betrifft, die übrigen Landes-Gesetzgebungen, und nicht etwa bloß die der neueren, sondern auch die aus der Rheinbunds-Zeit, wo man doch zu Bewilligungen über das von Rechtswegen gebührende Maaß hinaus nichts weniger als geneigt war. Denn so hat namentlich in Baden schon das Edict vom 22. Juli 1807 [72]) im §. 11 u. 12 bestimmt, daß die Standesherren innerhalb ihres Gebiets keiner ständigen executiven Polizei-Gewalt unterlägen, sondern nur dem Landesherrn unterworfen wären, und daß sie außerhalb ihres Besitzthums für sich, wie für die Mitglieder ihrer Familien nur denselben Polizei-Behörden unterliegen sollten, wie die sonst privilegirtesten Staatsbürger, daß namentlich in allen Criminalfällen die nöthigen Polizei-Maaßregeln lediglich von den Provincial-Regierungen ausgehen könnten. In ähnlicher Weise erkennt dieß die Badische Verordnung vom 23. April 1818 §. 10 an [73]), indem polizeiliche Einschreitungen, außer in eiligen Fällen, nicht ohne Anordnung der obersten Landes-Behörde gestattet sein sollen, und das unterm 16. April 1819 über die standes-

71) Archiv für standesh. Rechte Th. I. S. 214 flg.

72) ebend. Th. II. H. 1. S. 163.

73) ebend. H. 2. S. 173 flg.

Digitized by Google

herrlichen Rechtsverhältnisse neu ergangene Edict [74]) hat dieß nicht bloß im §. 6 bestätigt, sondern auch sogar für den Fall, daß auf das Recht der Patrimonial-Gerichtsbarkeit und der Orts-Polizei verzichtet würde, im §. 63 sub c u. d theils völlige Befreiung von aller Untergebenheit unter die Orts-Vorgesetzte und Gerichte in Personal- und Real-Sachen", theils „persönliche Befreiung der Grundherren von der amtlichen Polizeigewalt, so weit es ihre individuelle Persönlichkeit betrifft", ausdrücklich zugesichert; wichtiger aber noch sind die zwischen der Badischen Regierung und den Fürstl. Häusern Fürstenberg, Salm-Krautheim und von der Leyen am 11. Novbr. 1823, 27. Juni 1825 und 9. Juli 1830 abgeschlossenen Uebereinkommen [75]), in welchen nach §. 16 u. 21 der darüber ergangenen Edicte die Regierung, ohne auf Abtretung der eignen Jurisdiction zu bestehen, zugestanden hat, daß „die Standesherrschaft für sich und ihre Familie in Polizeisachen nicht den Bezirks-Behörden" (um so weniger natürlich den Orts-Beamten), „sondern nur den Mittelstellen, dermalen den Kreis-Directorien unterstehen" solle, für den Fall aber, daß in Criminal-Sachen polizeiliche Maaßregeln nöthig wären, die mittleren Landesstellen sogar auf eilende Fälle beschränkt, während sonst diese Art polizeilichen Einschreitens der obersten Staatsbehörde vorbehalten bleibt. Eben so bestimmt erkennen diese polizeiliche Exemtion der Standesherren das bald nach erfolgter Mediatisirung ergangene Hessen Darmstädtische Edict vom 1. August 1807 §. 13 [76]), so wie das Standesherrlichkeits-Edict vom 17. Febr. 1820 §. 18 [77]) an, wonach die Standesherren zwar alle Polizei-Gesetze zu beobachten haben, aber in solchen Sachen für sich und ihre Familien, innerhalb ihrer Gebiete unmittelbar unter dem Landesherrn, außerhalb derselben unter den Regierungen oder den etwa besonders angeordneten Polizei-Commissionen stehen sollen, vorbehältlich der Competenz des Ober-Appellations-Gerichts in allen zu gerichtlicher Cognition geeigneten Gegenständen. Nicht minder hat die Preußische Instruction, die Verhältnisse der vormals unmittelbaren Deutschen

74) ebend. H. 1. S. 204 flg.

75) ebend. H. 3. S. 126, Großh. Badisches Staats- und Reg.-Blatt Jahrg. 1825 Nr. 25. und 1830 Nr. 12.

76) Winkopp a. a. O. Th. V. S. 54 flg.

77) Vollgraff a. a. O. Beil. Nr. 27.

Digitized by Google

Reichsstände betr. vom 30. Mai 1820 [78]) die Competenz der Orts-Polizei und Gerichtsbehörden bei etwanigen Verbrechen standesherrlicher Personen im §. 17 u. 18 auf das Recht der Verhaftung beschränkt, im übrigen aber im §. 20 anerkannt, daß die Standesherren selbst, wie deren Familienglieder in Polizei-Sachen „während ihres Aufenthalts innerhalb ihres standesherrlichen Bezirks nur nach den Anordnungen der Provincial-Regierungen, bei einem Aufenthalte außerhalb desselben aber auch nach den Anordnungen der Polizei-Behörde des Orts sich zu richten" hätten. In wesentlichem Einklange hiemit stehen die Verordnungen, welche die Hannover'sche Regierung über die Rechtsverhältnisse des Fürstl. Bentheim- und Fürstl. Arembergischen Hauses unterm 18. April 1823 und 9. Mai 1826 [79]) erlassen hat, welche neben Anerkennung des privilegirten Gerichtsstandes in allen Real- und Personal-Klagen, nicht bloß im §. 12 resp. 13 festsetzen, daß „in bloßen Polizei-, Contraventions- und Civilstrafsachen sowohl für das Haupt des Hauses als für die übrigen Mitglieder desselben das Kön. Staats- und Cabinets-Ministerium die ausschließlich competente Behörde" sei, und nur durch die Drostei oder die Justiz-Canzlei die etwa erforderliche Untersuchung könne führen lassen, sondern wo auch noch im §. 15 resp. §. 16 ausdrücklich in Betreff aller sonstigen Polizeisachen disponirt ist, daß zwar außerhalb ihres Besitzthums die Häupter wie Glieder der standesherrlichen Häuser nach den Anordnungen der Orts-Polizei-Behörde sich zu richten schuldig wären, während ihres Aufenthalts innerhalb ihrer Herrschaft dagegen nur den Anordnungen des Ministerii unterlägen. Endlich setzt auch das neueste dieser Gesetze, das Kurhessische Edict über die besondern Rechtsverhältnisse der Standesherren vom 29. Mai 1833 [80]) im §. 15 fest, daß „in Angelegenheiten der Strafrechtspflege, welche sich ... zur Polizei-Gerichtsbarkeit eignen", Häupter und Glieder dieser Familien, wenn auch nicht, wie in eigentlichen Criminalsachen, dem Ober-Appellations-Gerichte, doch lediglich den Obergerichten unterworfen

---

78) Archiv für standesh. Verh. H. 2. S. 193 flg., Vollgraff a. a. O. Beil. Nr. 26.

79) Gesetz-Samml. für das Königr. Hannover Jahrg. 1823. Abth. I. Nr. 16 und Jahrg. 1826 Abth. I. Nr. 28.

80) Samml. von Gesetzen für Kurhessen. Jahrg. 1833 Nr. X.

Digitized by Google

seien, und beschränkt im §. 19 für alle sonstigen Angelegenheiten der Polizei=Verwaltung die Kreisämter auf „die in Eilfällen zu erlassende Verfügung", ja sogar die Competenz der Regierungen auf den Fall, daß die Mitglieder standesherrlicher Familien außerhalb ihres Besitzthums sich aufhielten, während sie sonst nur dem Ministerium oder der von diesem speciell beauftragten Regierung untergeben sein sollen.

Bei solcher Uebereinstimmung der Landes=Gesetzgebung früherer und neuester Zeit erscheint es als durchaus singuläre Ausnahme, wenn die Großherz. Würzburg'schen Verordn. vom 9. Juni 1807 [81]) sämmtliche Mediatisirte ohne irgend eine Beschränkung in Polizei=Sachen den Local=Obrigkeiten unterordnet. Irgend Gewicht auf dieß ganz vereinzelt stehende Gesetz zu legen, ist unmöglich, desto mehr hervorzuheben, daß von allen jenen übrigen Verordnungen keine einzige auch nur eine Andeutung enthält, als ob man diese polizeiliche Exemtionen bloß als freiwillige, aus Rücksichten der Convenienz gemachte Zugeständnisse, nicht als ein den Standesherren in ihrer staatsbürgerlichen Stellung von Rechts wegen gebührendes Privilegium betrachtet hätte, und so wird man unbedenklich die Ansicht derer verwerfen dürfen, welche, wie früher schon bemerkt, die in dem Würtembergischen Polizei=Strafgesetze v. J. 1839 anerkannte polizeiliche Exemtion der standesherrlichen Familien von diesem Gesichtspunkt freiwillig beliebter Concession aufzufassen geneigt sind.

Auf ein anderes Fundament kann nun aber dieser Rechtsanspruch nicht zurückgeführt werden, als entweder auf die besondere rechtliche Stellung der jetzigen Standesherren in der Zeit vor der Mediatisirung, oder auf die Rheinbunds= und die Deutsche Bundes=Acte. Ist jenes der Fall, so kann der Reichs=Ritterschaft, deren polizeiliche Competenz=Verhältnisse damals wesentlich dieselben waren, und durch die Rheinbunds=Acte eben so wenig positiv regulirt worden sind, als die der mediatisirten Fürsten und Grafen, ein gleiches Anrecht nicht abgesprochen werden. Beruht hingegen diese Exemtion der Standesherren auf der Bundes=Acte, so wäre sie nur darauf zu gründen, daß diese einerseits den Standesherren die Orts=

81) Winkopp a. a. O. Th. IV. S. 1 flg.

Digitized by Google

Polizei nebst der Patrimonial-Jurisdiction zusichert, andererseits ganz allgemein und unbeschränkt einen privilegirten Gerichtsstand bewilligt, und daß Unterordnung dessen, der selbst die Polizeigewalt hat, unter seine eignen oder die diesen coordinirten Local-Polizei-Behörden eben so der Natur der Sache widersprechend erschien, als die analoge Ausdehnung des privilegirten Gerichtsstands auf die zur polizeilichen Cognition gehörigen Sachen unbedenklich und in der Natur der Sache wie dem geltenden Rechte begründet. In wörtlicher Uebereinstimmung bewilligt aber die Bundes-Acte auch dem ehemaligen Reichs-Adel Orts-Polizei und privilegirten Gerichtsstand, und die analoge Beziehung der letzteren Zusicherung auf Polizei-Angelegenheiten wird daher auch hier nicht verweigert werden können, die deßfallsige Exemtion in gleicher Weise als implicite zugestanden gelten müssen. Nur in Betreff derjenigen Polizei-Angelegenheiten, welche gar keine Connexität mit der Rechts-Verwaltung haben, wird diese Abweichung von den regelmäßigen Ressort-Verhältnissen, weil eben nur für den Gerichtsstand, nicht für alle Beziehungen zu den landesherrlichen Behörden oder für die gesammte Landes-Verwaltung ein Privilegium bewilligt ist, nicht Platz greifen können. Andrerseits würden für die Polizei-Aufsicht, und in Betreff der eigentlich executiven Gewalt der Polizei-Behörden selbst in dem Falle, daß eine polizeiliche Angelegenheit zugleich den Karakter einer Justizsache hat, Ausnahmen eintreten müssen, in so fern nämlich ohne sofortiges Einschreiten häufig die Erfüllung einer Polizei-Vorschrift nicht zu bewirken, deren Uebertretung nicht zu verhindern steht, und die polizeiliche Aufsicht, weil von genauer Local-Kenntniß bedingt, fast alle Bedeutung und Wirksamkeit entbehren würde, wenn einzelne Individuen um ihrer persönlichen Stellung willen sich derselben ganz entziehen könnten. Im allgemeinen aber, und abgesehen von solchen in der Natur der Sache begründeten Ausnahmen, auf welche auch mehrere der oben allegirten Landesgesetze hinweisen, erscheint es eben so zulässig, als vom juristischen Standpuncte aus gerechtfertigt, wenn die ehemalige Reichs-Ritterschaft ex ratione et analogia der Bundes-Acte ein wirkliches Anrecht auf eximirten Gerichtsstand in Polizei-Sachen in Anspruch nimmt. Es ist daher keineswegs als bloß particular-rechtliche Ausnahme zu betrachten, sondern lediglich als bestätigendes Anerkenntniß eines gemeingültigen Grundsatzes, wenn in der Hessen-Darmstädtischen Verordn.

Digitized by Google

für die Reichs-Ritterschaft vom 1. Dezbr. 1807 [82]) dieser eine ganz gleiche Exemtion wie den Standesherren in Polizei-, Rechts- und Strafsachen bewilligt worden ist, wenn eben so im Großherzogthum Baden die Verordnung, betr. die Grundherrlichkeits-Verhältnisse, v. 22. Juni 1807 [83]) sub I. 1. die durchgängige Kanzleisässigkeit der reichsritterschaftlichen Familien und Güter in Rechts- und Polizeisachen anerkannt, und in wesentlicher Uebereinstimmung hiermit das neueste über die Rechtsverhältnisse der zum ehemaligen reichsunmittelbaren Reichs-Adel gehörigen Grundherren unterm 22. April 1824 ergangene Edict [84]) „das Verhältniß der Grundherren zur Polizei-Gewalt der Orts-Vorgesetzten und Bezirksämter" dahin bestimmt, daß erstere nur zu schriftlichen Erinnerungen in angemessener Form, letztere zwar zu schriftlichen Weisungen befugt sein sollten, Vorladungen aber nicht ohne Genehmigung der Mittelbehörden, auch Erkenntnisse auf Polizeistrafen nur von diesen allein ergehen könnten, und daß bloß ausnahmsweise in solchen peinlichen Fällen, welche keinen Aufschub zuließen, provisorische Vorkehrungen von den Ortsbehörden gegen die Grundherren dürften getroffen werden.

## §. 16.

Den bisher erörterten Gründen, aus welchen der ehemalige Reichsadel im Sinne der Deutschen Bundes-Acte und als ein durch diese implicite bewilligtes Privilegium einen eximirten Gerichtsstand in Polizeisachen von Rechtswegen dürfte ansprechen können, tritt aber noch ein nichts weniger als unerhebliches Argument hinzu, wenn man die reichsritterschaftlichen Personen sogar nur den übrigen quoad forum eximirten Unterthanen gleich stellt, und unter gänzlicher Abstraction von den rücksichtlich ihrer ergangenen besondern Bestimmungen einerseits der neueren Landes-Gesetzgebung, andererseits der Bundes-Acte, lediglich die Frage in Betracht zieht, in wie weit nach gemeinem Rechte, als welches für dieselben im Momente ihrer Unterwerfung unter die Landeshoheit allein maaßgebend war, und der früheren Ausführung nach als Interpretations-Mittel und entscheidende Hülfsquelle anerkannt werden muß, das in

82) Winkopp a. a. O. Th. V. S. 213.

83) ebend. S. 190 flg.

84) Archiv für standesh. Verh. Th. II. H. 3. S. 154.

eigentlichen Rechtssachen begründete privilegium fori auch auf die s. g. Polizei-Gerichtsbarkeit Anwendung finde?

Die Sicherheits-, oder wie Andere sie genannt wissen wollen, Zwangs-Polizeigewalt, im Gegensatze der Wohlfahrts- oder Hülfs-Polizeigewalt, d. h. die Polizeigewalt, so weit sie für Erhaltung und Sicherung eines geordneten Rechtszustandes im Staate thätig ist, äußert sich einerseits in mehr präventiver Tendenz als Sorge für Verhütung bevorstehender, und mit Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit zu erwartender Rechtsstörungen und Rechtsverletzungen, für welche Thätigkeit neuerdings die nicht unpassende Bezeichnung mit Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei in Vorschlag gebracht worden, andrerseits in judicatorischer, auf Herstellung des wirklich bereits gestörten oder doch streitig gewordenen Rechtszustandes berechneter, Richtung, somit als Polizei-Gerichtsbarkeit, in so fern nemlich, hauptsächlich in Folge der in neuerer Zeit beliebten äußeren Sonderung der Rechtspflege und der Verwaltung, den Polizeibehörden neben der Aufsichts- und unmittelbar-executiven Gewalt theils die Untersuchung und Bestrafung polizeilicher Vergehen obliegt, theils eine Cognition in solchen Privat-Rechtsstreitigkeiten übertragen zu sein pflegt, welche in Bezug auf die durch die Polizei-Gesetzgebung geregelten Verhältnisse und durch Hintansetzung der Polizei-Verordnungen entstehen.

Ob es möglich sei, zwischen den eigentlichen Criminal-Verbrechen und den bloßen Polizei-Vergehen eine scharfe Grenze zu ziehen, und in welcher Weise die hier auf demselben Gebiet zusammentreffende Strafgewalt der Gerichte und der Polizei-Behörden geschieden werden könne und müsse, ist nun allerdings, ganz abgesehen von den positiven Verschiedenheiten der Landes-Gesetzgebung, in der gemeinrechtlichen Doctrin höchst bestritten. Nicht minder hat sich eine völlige Uebereinstimmung der Ansicht darüber noch nicht festzustellen vermocht, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen, bei Ermangelung directer gesetzlicher Bestimmung, die in Betreff polizeilicher Angelegenheiten obwaltenden Rechts-Differenzen zur Cognition der Gerichte gehörten, die Polizeisachen in Civilprozeß-Sachen sich umwandelten. Denn bekanntlich ist bald dies als entscheidend für die Incompetenz der Gerichte bezeichnet worden, ob die Angelegenheit, auf deren Veranlassung, oder in Bezug auf welche eine Rechts-Differenz entstanden ist, im Allgemeinen als eine polizeiliche gelten

Digitized by Google

könne, und ob deren Entscheidung ausschließlich oder vorzugsweise auf Deutung und Anwendung polizeilicher Verordnungen beruhe; bald wird die Ansicht verfochten, daß jede Polizeisache dann zum prozessualischen Verfahren qualificirt gelten müsse, wenn es sich nicht um Ertheilung neuer oder Abänderung bestehender Polizei-Gesetze handle, sondern lediglich um deren Anwendung und um Feststellung der daraus für die Unterthanen unter einander resultirenden Rechte und Verbindlichkeiten; bald wieder hat man diese letztere Ansicht dahin modificirt, daß die Entscheidung nicht bloß über richtige Anwendung, sondern auch über die rechtlichen Folgen der Polizei-Gesetze zum alleinigen Ressort der Administrativ-Behörden dann gestellt werden müsse, wenn, abgesehen von der zu erledigenden Rechts-Differenz, eine durch das öffentliche Interesse wohlbegründete Veranlassung zu polizeilicher Einschreitung vorliege; bald endlich ist die ausschließliche Competenz der Verwaltungs-, insbesondere der Polizeistellen nur in so fern anerkannt worden, als die obwaltende Differenz selbst direct auf die ressortmäßige Zulässigkeit, oder auf die Zweckmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung sich bezieht, diese also nur ihrem polizeimäßigen Bestande nach, d. h. in ihren Beziehungen zum öffentlichen Interesse in Frage steht, während Beschreitung des Rechtsweges und richterliche Entscheidung nicht etwa bloß zulässig, sondern nothwendig sei, sobald in Bezug auf Gegenstände polizeilicher Natur allein die zwischen Privaten als solchen begründeten Rechte und Pflichten zur Entscheidung ständen, und die Differenz nicht die einschlagende Polizei-Verordnung oder Verfügung an und für sich, vielmehr lediglich deren mittelbare Rückwirkung auf privatrechtliche Verhältnisse beträfe, über welche dadurch implicite mit disponirt ist, daß die im allgemeinen Interesse geschehene Anwendung einer polizeilichen Norm zugleich dem einen Privaten im Verhältnisse zu andern Privaten Verbindlichkeiten auferlegt oder Rechte zuspricht, welche angeblich rechtlicher Begründung entbehren und aus diesem Grunde angefochten werden. Allein trotz der mannichfachen Zweifel und Controversen, welche nach dieser Seite hin die gemeinrechtliche Doctrin darbietet, ist doch darüber kein Zweifel möglich, daß die polizeiliche Strafgerichtsbarkeit, obwohl ihrem inneren Wesen nach analoger Art, in Betreff der Zuständigkeit dennoch nicht als Annexum der Criminal-Jurisdiction anzusehen ist, vielmehr von jeher in Deutschland als mit der Civilgerichtsbarkeit verbunden

und als deren Ausfluß gegolten hat, und früher immer und überall zur Competenz der gewöhnlichen Civilgerichte gerechnet worden ist [85]). Eben so wenig kann bestritten werden, daß, wo auch nach Inhalt positiver Gesetze oder aus allgemeinen Gründen eine Cognitionalgewalt der Polizei-Behörden in der Art eintritt, daß sie über die bei polizeilichen Angelegenheiten concurrirenden Privatrechte der Unterthanen definitiv zu entscheiden befugt sind, immer doch diese Jurisdictional-Befugniß ihrer wahren Bedeutung nach nichts anderes als eine Civilgerichtsbarkeit ist [86]), welche nur, andern Behörden anvertraut, zugleich durch Eigenthümlichkeiten der Procedur und durch die gleichzeitige Berücksichtigung der dabei obwaltenden allgemeinen Interessen von der Erledigung gewöhnlicher Rechtssachen sich unterscheidet.

In aller Weise ist somit die Polizei-Gerichtsbarkeit vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus der Civilgerichtsbarkeit correlat und connex, dies auch gerade Seitens der Diplomatie weder bei den hier in Frage kommenden Mediatisirungen, noch in früherer Zeit verkannt worden. Denn obwohl die Rheinbunds-Acte im Art. 27 den mediatisirten Fürsten und Grafen nur les droits de basse et moyenne jurisdiction en matière civile et criminelle ausdrücklich zusicherte, ist denselben dennoch, da der Art. 26 nur la haute police zu den Souveränetätsrechten zählt, nirgends die niedere Polizei verweigert worden, sondern galt um so mehr für in jener Zusicherung mitbegriffen, als in Forst-, Jagd-, Berg-Sachen u. dgl. ausdrücklich das Recht de jurisdiction et de police als mit einander verbunden anerkannt waren; und eben so hat die Deutsche Bundesacte, indem sie den Standesherrn wie dem Reichsadel Gerichtsbarkeit und Ortspolizei bewilligte, beides als untrennbar verbunden gelten lassen. Im Art. 49 des Reichsdeputations-Hauptschlusses vom J. 1803 wird den abtretenden geistlichen Regenten fürstlichen Ranges eine Gerichtsbarkeit über ihre Dienerschaft vorbehalten, nur daß in Civilsachen die Verhandlung vor einem frei erwählten Landgerichte geschehen, bloß die Entscheidung ihnen selbst zustehen sollte, und die

---

85) v. Berg, Handbuch des Polizei-Rechts, Thl. IV, S. 104 ff. Lotz, über den Begriff der Polizei, S. 53 ff.

86) v. Berg a. a. O. Thl. I, S. 144 ff. und Thl. V, S. 594 ff. Lotz a. a. O. S. 58 ff.

Digitized by Google

peinlichen Fälle ausgenommen würden; wie aber die erste Cognition (les premières informations) selbst in letzteren Fällen als Ausfluß jener Jurisdiction bezeichnet wurde, so war auch die ganze Ausnahme auf eigentliche Criminalsachen beschränkt, dagegen in geringeren, namentlich polizeilichen Straffällen die Competenz jener abgetretenen Regenten um so unzweifelhafter, als der Erklärung, es solle die Dienerschaft eines solchen Fürsten gleichwohl den Landesgesetzen sich zu fügen haben, ausdrücklich noch beigefügt wird, wie dies sonderlich auch von den Polizei-Ordnungen gelte. In ähnlicher Weise stellt, um auf einzelne Fälle uns zu beschränken, der über Abtretung der Rhein-Inseln an Frankreich unterm 22. August 1796[87]) von Baden abgeschlossene Vertrag die justice civile, criminelle ou de police in unmittelbare Verbindung, und wenn im Art. 1 des Württembergischen Tractats über Franquemont v. J. 1783[88]), im Art. 1 der für Württemberg ergangenen Lettres patentes v. J. 1768[89]), so wie im Art. 9 der Lettres patentes für die Elsäßische Reichsritterschaft vom J. 1779[90]), nicht minder im Art. 10 u. 14 des Französisch-Leyen'schen Tauschvertrages vom J. 1781[91]) als Ausfluß der droits seigneuriaux auch le droit de haute, moyenne et basse justice bezeichnet und bewilligt wird, so kann, daß hierunter die Polizei-Gerichtsbarkeit gleichfalls begriffen gewesen, auch nicht entfernt bezweifelt werden, da sogar das Recht zu Erlassung polizeilicher Verordnungen ausdrücklich zugestanden wird, und im Art. 3 der Lettres patentes für die Reichsritterschaft im Elsaß der Umfang der ihrem Directorio bewilligten, im Wesentlichen auf Civilsachen beschränkten Gerichtsbarkeit dahin bestimmt wird, daß sie eintreten solle tant en actions personelles que mixtes, et même en actions réelles, lorsqu'il s'agira de fonds compris dans la matricule, et *généralement de toutes matières civiles, de petit criminel et de police* und daß bis zu einer gewissen Summe nicht bloß quant au civil, sondern auch quant au *petit criminel*, lorsqu'il ne s'agira que de condamnations pécuniaires, und in Betreff

---

87) Martens Recueil T. VI, p. 79.

88) Reuß a. a. O. Thl. IV, S. 45.

89) Martens T. VI, p. 107.

90) Ebend. p. 192.

91) Reuß a. a. O. Thl. III, S. 33. 35.

Digitized by Google

des amendes, qui seront prononcées pour *objets de police* die Entscheidungen des Directorii sogar inappellabel sein sollten.

Bei diesem innerlich wie historisch begründeten Zusammenhange zwischen Civil- und Polizei-Gerichtsbarkeit werden über die subjective Gerichts-Zuständigkeit der Polizei-Behörden die bei Civilproceß-Sachen geltenden Regeln so lange als entscheidend erachtet werden dürfen, als nicht entweder für Polizei-Sachen ein gesetzlich anerkanntes forum privilegiatum speciale exclusiver Art nachgewiesen wird, oder doch besondere Gründe für eine Abweichung von jenen allgemeinen Prinzipien vorliegen. Ersteres ist gemeinrechtlich nicht der Fall; daß dagegen im Strafverfahren überhaupt das Domicil des Schuldigen nicht schlechthin die Competenz bestimmt, sondern das forum delicti commissi als forum commune gilt und principaliter eintritt, kann die Verwerfung jener aus dem Civilprozesse entnommenen Analogie für Polizei-Strafsachen um deßhalb nicht rechtfertigen, weil auch in eigentlichen Criminalsachen der Vorzug des fori privilegiati personarum vor den gemeinen Gerichtsständen eben so unbedingt, als in Civilsachen vor dem forum domicilii, und nur in so fern eine Concurrenz beider anerkannt wird, als es für keinen Eingriff in die Gerichtsbarkeit des fori privilegiati gilt, wenn ein andres Gericht bei Gefahr im Verzuge die etwa sofort nöthig werdende Verhaftung verfügt oder die auf Constatirung des Thatbestandes gerichteten Handlungen eintreten läßt [92]). Vollends aber, was die Polizeisachen civilrechtlicher Art anbelangt, so gilt das forum privilegiatum personarum gleich dem foro domicilii unbestrittener Weise für ein generale, so daß es für alle und jede Civilsachen eintritt, die nicht in Folge specieller sachlicher Privilegien besondern Gerichten vorbehalten sind. Bedenken gegen analoge Uebertragung eines solchen privilegirten Gerichtsstandes auf Polizeisachen könnten daher nur entstehen, wenn, wie z. B. bei den Geistlichen, das privilegium fori darin bestände, daß für die Rechtssachen gewisser Personen Specialgerichte constituirt wären, welche in eigenthümlicher Besetzung zugleich für gar keine andern Personen oder Sachen eine Civil-Jurisdiction ansprechen könnten, indem dann zwischen diesen und den verschiedenen Stufen der Polizeistellen eine ausreichende Analogie fehlen würde.

---

92) Henke, Handb. des Crim. Rechts, Thl. IV, S. 273.

Digitized by Google

So aber besteht das Privilegium der eremten Personen, insbesondere des Adels, lediglich darin, daß sie bloß vor den Gerichten höherer Instanz ihr Forum haben, vor den niederen landesherrlichen wie sonstigen Gerichten dagegen, weil sie mehr äußerlich und factisch, als in eigentlich juristischer Beziehung den Communen, Gutsherrschaften und unteren Gliederungen des Staatsverbandes angehören, kein Recht zu geben brauchen. Um so weniger wird es daher bedenklich erscheinen können, von jenem Privilegio auch die analoge Anwendung zu machen, wo die Polizei-Gerichtsbarkeit den verwaltenden Polizei-Behörden vorbehalten ist, d. h. von den verschiedenen einander sub- und coordinirten Polizeistellen die unteren, gleichviel ob landesherrliche, gutsherrliche oder Communal-Behörden als incompetent zu erachten, und lediglich den im Staats-Organismus den Obergerichten correspondirenden höheren Polizei-Behörden eine Gerichtszuständigkeit über die erimirten Personen beizulegen. In der Unbedingtheit, wie es wohl geschehen ist [93]), läßt sich die Behauptung, daß es in Polizeisachen keine Exemtion geben könne, durchaus nicht rechtfertigen; vielmehr gebührt unzweifelhaft der z. B. von Berg [94]) vertheidigten Ansicht der Vorzug, daß, soweit Polizeisachen zugleich Justizsachen sind, also rücksichtlich der mit der Polizeigewalt verknüpften Gerichtsbarkeit, gemeinrechtlich allerdings die Gerichtsstands-Privilegien Anwendung auf Polizeisachen erlitten.

## §. 17.

Wie nach Analogie der Deutschen Bundesacte wird solchergestalt auch vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus dem ehemaligen Reichsadel, als wesentlich und nothwendig privilegirter Klasse, ein Recht auf eremten Gerichtsstand in Polizeisachen nicht abzusprechen sein. Die besondere, seit dessen Mediatisirung etwa eingetretene, Landes-Gesetzgebung, in so fern diese vielleicht für Polizeisachen der bezeichneten Art ein exclusives forum privilegiatum causarum eingeführt hätte, kann diesem Anspruche aus den früher erörterten Gründen weder präjudiciren, noch derogiren. Eben so wenig würde diesem Anspruche entgegenstehen, wenn etwa, was übrigens in Würt-

93) Klüber's öffentl. Recht des Deutsch. Bundes, §. 386.

94) a. a. O. Thl. IV, S. 297 ff.



Digitized by Google

temberg [95]) nicht der Fall gewesen zu sein scheint, schon vor jener Zeit in dem einen oder andern Lande, welchem die reichsritterschaftlichen Familien später zugewiesen worden sind, eine Aufhebung aller Gerichtsstands-Privilegien beliebt wäre, oder eine Exclusivität der den unteren Polizeistellen beigelegten Gerichtsbarkeit bestanden hätte. Denn die der Reichsritterschaft zuständig gewesenen Vorrechte, so weit nicht zu den droits de souveraineté oder essentiellement inhérens à la souveraineté gehörig, sind derselben trotz der Mediatisirung geblieben oder sollten doch bleiben, und Umfang wie Beschaffenheit dieser Befugnisse wird nur nach Inhalt der Rechtsnormen, unter welchen sie entstanden sind, also nicht nach der damals unverbindlichen Landes-Gesetzgebung beurtheilt werden können; auch ist die Reichsritterschaft nicht etwa bloß nach Maaßgabe der besondern Landesverfassung, sondern schlechthin als privilegirte Klasse von Unterthanen unter genereller Aufzählung und Garantie der desfallsigen Privilegien anerkannt worden. Es wird in Betreff dieses Gerichtsstands-Privilegii, weil es für alle Deutschen Bundesstaaten und durch die Bundesacte garantirt ist, und zugleich auf den früheren, von der Territorialverfassung unabhängigen Staats- und Standes-Verhältnissen beruht, das Bedenken nicht einmal entstehen können, ob dies privilegium fori da gleichergestalt Platz greife, wenn nicht in dem Lande, dessen Souveränetät ein Mitglied dieser Familien unterliegt, sondern in einem andern Bundesstaate ein polizeiliches Vergehen begangen, oder ein solcher zu polizeilicher Cognition verstellter Rechtsanspruch entstanden ist. Wenn aber gar in Betreff der standesherrlichen Familien in mehreren der oben angeführten Gesetze die Bestimmung getroffen ist, daß dieselben außerhalb ihres standesherrlichen Besitzthums den polizeilichen Anordnungen der Localbehörden unterworfen seien, so wird dies als gemeingültiger Grundsatz weder anerkannt, noch auf die hier in Frage stehenden Competenz-Verhältnisse der Reichsritterschaft analog angewendet werden dürfen. Gerechtfertigt würde dies Prinzip erscheinen, wenn die Exemtion der ehemaligen Reichsangehörigen lediglich auf Gründen der Convenienz beruht, in wie fern es unpassend erscheint, den Guts-

95) Vgl. Breyer, elem. juris publ. Wirtembergici. Tub. 1787. §. 167, 215 sq. mit Weishaar, Handbuch des Württemb. Privatrechts, §. 288—91.

Digitized by Google

und Grundherrn, welchen als Inhabern der Patrimonial-Jurisdiction und Ortspolizei selbst das Recht zu Besetzung der Gerichts- und Verwaltungs-Behörden zusteht, der polizeilichen Autorität seiner eignen Vertreter und Beamten, oder doch der Gewalt der ihnen coordinirten landesherrlichen Behörden zu unterwerfen, von welchen doch seine eignen Hintersaßen eximirt sind; eben so ließe sich diesem Grundsatz beitreten, wenn derselbe, wie es in jenen Gesetzen auch gemeint zu sein scheint, auf die Fälle beschränkt wird, wo es sich nur um Handhabung der polizeilichen Aufsicht oder um ein durch die Umstände gebotenes sofortiges Einschreiten der executiven Polizeigewalt handelt. Auf die polizeiliche Gerichtsbarkeit dagegen bezogen, würde dieser Grundsatz einerseits damit in Widerspruch stehen, daß das Recht, nur von dem competenten Forum gerichtet zu werden, weder von dem Aufenthalte im Wohnorte, noch von der Anwesenheit innerhalb des Gerichtssprengels bedingt ist; andrerseits würde dies Prinzip nicht einmal auf die früher zur Zeit der Reichsverfassung befolgte Observanz, wonach man außerhalb der reichsritterschaftlichen Besitzungen die Unmittelbarkeit der Reichsritterschaft und die daran geknüpfte ausschließliche Competenz der Reichsgerichte nicht gelten ließ, gestützt werden können, indem ja, ganz abgesehen davon, daß jene Observanz weder unbestritten noch allgemein war, gegenwärtig nicht einmal mehr der Schein Rechtens dafür spricht, die reichsritterschaftlichen Familien außerhalb ihres Besitzthums als Fremde zu behandeln. Zweifelhaft erscheint es sogar, ob man den in Frage stehenden eximirten Gerichtsstand von der Ansäßigkeit im Lande und dem Besitz ehemals in die reichsritterschaftliche Matrikel eingetragener Güter abhängig machen darf; denn hauptsächlich beruht doch dies Vorrecht auf der persönlichen Standesqualität, und weder pflegt bei dem landsäßigen Adel die Exemtion von den unteren Gerichtsbehörden als Realrecht der adligen Güter zu gelten, noch läßt sich aus der Fassung der Bundesacte ein irgend erhebliches Argument dafür entnehmen, da der Ausdruck „Antheil der **Begüterten**“ (wie insbesondere die oben angeführte französische Uebersetzung zeigt, welche auch nur bei dem Schlußsatze, daß die Ausübung der Privilegien geschehen solle d'après les règles établies par les lois du pays, dans lesquels les membres de cette noblesse sont possessionés, der Ansäßigkeit erwähnt) offenbar auf die Zusicherung der Landstandschaft, Patrimonial- und Forst-Gerichtsbarkeit,



Digitized by Google

der Ortspolizei und des Kirchenpatronats beschränkt werden muß. Will man aber, mit Rücksicht darauf, daß zur Zeit der Reichsverfassung den s. g. Personalisten die Rechte der Reichsritterschaft verweigert oder doch bestritten wurden, reichsritterschaftlichen Grundbesitz als Bedingung der bundesmäßigen Privilegien auch in Betreff des Gerichtsstandes ansehen, so wird wenigstens nicht außer Acht bleiben dürfen, daß dieser Besitz Stammguts-Qualität genoß, und in so fern als Familiengut gelten muß, dessen gänzliche Entäußerung erst und Uebergang in die Hände eines von jeher landsäßigen Geschlechts als Wegfall jener Bedingung zu erachten wäre; jedenfalls wird der im gemeinen wie particulären Rechte gleichmäßig anerkannte Grundsatz festzuhalten sein, daß durch Ehe und väterliche Gewalt ein forum necessarium begründet wird, gleichviel ob das Familienhaupt eines persönlichen fori privilegiati genießt, oder der gemeinen Regel nach der Wohnsitz über die Gerichtszuständigkeit entscheidet, und keinen Falls wird daher im engern und eigentlichen Sinne der Familie derjenigen, welche im wirklichen Besitze und Genusse ehemals reichsritterschaftlicher Güter sich befinden, der in Polizeisachen eintretende privilegirte Gerichtsstand verweigert werden können.

## Resultat der Untersuchung.

### §. 18.

Fassen wir nun zum Schluß das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen zusammen, so ist unseres unvorgreiflichen Dafürhaltens allerdings zu behaupten:

> daß auf Grund und im Sinne der Deutschen Bundesacte, unangesehn die etwa entgegenstehenden Bestimmungen der besonderen Landes-Gesetzgebung, die Mitglieder der ehemaligen Reichsritterschaft, mindestens wenn sie mit früher reichsunmittelbaren und in die reichsritterschaftliche Matrikel eingetragenen Gütern angesessen sind, sowohl überhaupt als insbesondere auch im Königreiche Württemberg für wohl befugt erachtet werden dürfen, sowohl für sich als die Glieder ihrer Familien, wenn auch nicht in Betreff der aufsehenden und

executiven Polizeigewalt, doch rücksichtlich der zu bloß polizeilicher Cognition verstellten Straf= und Rechtssachen, eine Exemtion von der Competenz der niederen, landesherrlichen und sonstigen, Localbehörden und in so weit, gleich wie in eigentlichen Rechtssachen, einen privilegirten Polizei=Gerichtsstand vor den höheren, den in Justizsachen competenten Gerichten coordinirten und gleichstehenden Landes=Behörden in rechtlichen Anspruch zu nehmen.

Digitized by Google

# III.

## Zur Geschichte der reformirten Kirchenverfassung.

Von

**Dr. Bluntschli,**

Staatsrath und Professor der Rechtswissenschaft in Zürich *).

Die kirchlichen Fragen haben in neuerer Zeit wieder an Interesse gewonnen. Ihre Beantwortung im Princip oder in der praktischen Entscheidung einzelner Fälle ist wieder von großem Ein=

*) Anm. der Herausgeber. Die deutschrechtliche Zeitschrift hat in ihrem 4. Bande einen Aufsatz über die geschichtlichen Grundlagen der lutherischen Kirchenverfassung von Dr. Richter mitgetheilt. Als Seitenstück zu demselben kann die gegenwärtige Abhandlung betrachtet werden, welche die reformirte Kirchenverfassung im Auge hat und auf ähnliche Weise zu den Anfängen der leztern zurückgeht, wie dieß dort in Ansehung der lutherischen Kirche geschehen ist. Hat auch die Untersuchung zunächst nur die reformirte Kirche der Schweiz im Auge, so ist doch nicht nur bekannt, daß von da aus Zwingli'sche und Calvin'sche Lehren und Einrichtungen auch innerhalb der Grenzen des heutigen Deutschlands Zugang gefunden haben, sondern es sind auch die praktischen Bemerkungen, welche der Hr. Verfasser an seine geschichtlichen Mittheilungen anschließt, für die deutsch=protestantische Kirche nicht minder beachtenswerth. Uebrigens soll diese Zeitschrift nicht bloß dem Recht der deutschen Bundesstaaten, sondern dem Recht des deutschen Volks überhaupt, zum Organ dienen, und es können daher ihren Lesern Mittheilungen aus der stammverwandten Schweiz, wo altes und neues Volksrecht vielfach in unvermischter Eigenthümlichkeit wurzelt und ausschlägt, nur willkommen seyn.

R.

Digitized by Google

fluß auf wichtige Lebensverhältnisse geworden. Von der rechten Einsicht in das Wesen der Kirche und ihrer Beziehung zum Staate hängt zum Theil der Frieden des Staates ab. Die Wissenschaft darf daher nicht länger säumen, um ihrerseits jene Einsicht zu fördern. Als eine Gabe für diesen Zweck soll die folgende Betrachtung dienen.

Für eine rechte Darstellung der Kirchenverfassung der reformirten Kirche ist noch sehr wenig geschehen. Und doch nimmt sie nicht bloß der katholischen, sondern auch der lutherisch-protestantischen Kirchenverfassung gegenüber eine eigenthümliche Stellung ein. Sie hat ein eigenthümliches Lebensprincip.

Um dieses zu erkennen, wird es nöthig sein, auf den Grund zu gehen und ihre Entstehung, ihre erste Erscheinung im Leben näher zu betrachten.

Wenn eine Idee neu zur Welt kommt oder neue Gestaltungen in der Welt annimmt, da ist immer das Moment ihrer Entstehung, gewisser Maßen ihrer Menschwerdung, das wichtigste. In diesem Momente, wo die geistige Empfänglichkeit, das geistige Bedürfniß aufgeregt ist, die Vorbedingungen, auf deren Stufe sich der neue Gedanke erheben soll, erfüllt sind, die schöpferische Kraft sich entladet und zündet, die Form der Erscheinung, der Leib der Idee, sich bildet aus den vorhandenen Stoffen, welche die Welt darbietet und unter dem Einflusse auch dieser: in diesem Momente ist eben das Entscheidende geschehen und alles Folgende ist gewöhnlich nur weitere Entwickelung, Aus- und Durchbildung im Leben, Krankheit, Auflösung und Tod. Nur selten wird dieselbe durch neue schöpferische Thätigkeit wieder befruchtet und umgestaltet. Oefter ist, was man für diese hält, nur der nagende Wurm der Zerstörung.

Die Idee der christlichen Kirche als einer Gemeinschaft der Gläubigen, gestiftet und beherrscht von Christus, ist allen christlichen Confessionen, allen besondern Kirchengestaltungen gemeinsam. Aber in wesentlichen Dingen gehen sie sodann auseinander Um die reformirte Ansicht darzustellen, müssen wir sogleich auf den Hauptpunkt, das Verhältniß der Kirche zum Staate, eintreten.

Da ist es denn sofort zu beachten, einmal, daß die reformirte Kirche zuerst in der Schweiz sich bildete und von da aus in der ersten Zeit ihren geistigen Anstoß erhielt; zweitens, daß Zwingli ihr erster Stifter war.

Digitized by Google

Während des Mittelalters beherrschten vorzüglich zwei große Ideen das Leben der Völker, das geistliche und das weltliche Reich, Pabstthum und Kaiserthum. Beide machten Ansprüche auf Weltregierung; sie wollten die gesammte Christenheit umfassen. Größern Erfolg und weitere Herrschaft hatte das Pabstthum gewonnen; das Kaiserthum fand seine Beschränkung in der Nationalität der Völker. In diesen beiden Formen stellte sich insbesondere den deutschen Völkern Kirche und Staat dar.

Auch die schweizerischen Städte und Länder hatten in dem Pabste ihren geistlichen Oberhirten verehrt und den Kaiser als ihr weltliches Oberhaupt geachtet. Aber zur Zeit der Reformation hatten sie schon eine eigene politische Weltstellung sich erkämpft und sich, wenn auch nicht vollständig, nicht in allen äußern Formen, doch dem Wesen nach von dem römisch-deutschen Kaiserreiche ausgesondert. Die königliche Gewalt war zum Theil in Form der erstarkenden Landeshoheit übergegangen auf die republikanischen Gemeinwesen, zum Theil im Gefühl der innern Kraft und des Trotzes zurückgewiesen, die Macht des zahlreichen Adels in einer Reihe von Kämpfen gebrochen worden. Die Form des deutschen Kaiserreiches konnte ihnen nicht länger als die nothwendige Gestaltung der Idee des Staates erscheinen. Die Staatsgewalt äußerte sich ihnen — bei aller Mannigfaltigkeit einzelner Einrichtungen — vornehmlich in den Räthen und Gemeinden. Die einzelnen Bürger waren daran gewöhnt, was die Mehrheit beschließe, das sei Gesetz und gelte auch gegen den Kaiser und Reich. Um die Mehrheit zu erlangen stritten sich die Parteien und setzten leicht und ungestüm auch das wieder in Frage, was so eben völlig gesichert schien.

Lag in einem solchen Lande der Gedanke so sehr ferne, auch eine von dem Reiche des Pabstes unabhängige, von dem Willen der Räthe und Gemeinden frei bestimmte Kirche zu schaffen? Was gegenüber dem weltlichen Reiche des Kaisers bereits geschehen war, sollte nicht und noch leichter auch die Herrschaft des Pabstes und der Kirchenfürsten abgeschüttelt und eine neue Form kirchlicher Republik gestiftet werden können?

Man täusche sich nicht. Es ist etwas Wahres an dieser Parallele, der Erfolg hat es unwiderleglich gezeigt; aber es war doch auch ein wesentlicher Unterschied zwischen der Lostrennung einer Stadt oder eines Landes von einem weltlichen Reiche und der Ausschei-

Digitized by Google

dung einer neuen kirchlichen Gemeinschaft von der päbstlichen Kirche.

Die Staaten mögen wohl neben einander bestehen, jeder auf eignem Boden, der jeweiligen Individualität der Völkerschaften gemäß. Aber die Idee der christlichen Kirche kann nicht auf einen einzelnen Ort, nicht auf eine einzelne Völkerschaft beschränkt werden. Sie umfaßt alle Gläubigen in der Gemeinschaft, sie hat Ein bleibendes Haupt, Christus, dem sie zugethan verbleiben muß, von dem sie sich nicht trennen kann, ohne abtrünnig zu werden, ohne aufzuhören eine christliche Kirche zu sein.

Auch Zwingli sah das ein. So schrieb er im Jahr 1523 (Werke I. S. 198.): Frag: wo ist die kilch? Antwurt: durch das ganz erdrych hin. Wer ist sy? alle gläubigen. Und weiter (S. 200 und 201.): Und ist aber die allgemein kilch „die gemeind aller „frommen gläubigen Christen.“ — „Hie mag ein ieder in im selbs „erfinden, ob er in der kilchen sye oder nit; nämlich hat er all sin „zuversicht, hoffnung und trost zu Gott durch Christum Jesum, so „ist er in der kilchen, das ist, in der gemeinsame aller frommen „christen.“

Ferner heißt es in dem ersten Helvetischen Bekenntnisse: „Und da nur Ein Gott ist, Ein Mittler Gottes und der Menschen Heiland Jesus, Ein Hirt nur der gemeinen Heerde, Ein Haupt dieses Leibes, Ein Geist, Ein Heil, Ein Glaube, Ein Zeugniß und Ein Bund, so folgt mit Nothwendigkeit, daß es nur Eine Kirche gebe, die wir deßhalb die katholische nennen, weil sie eine allgemeine ist und sich über alle Theile der Welt ausdehnt, auf alle Zeiten erstreckt, weder durch Raum noch Zeit beschränkt ist.“

Nun machte aber eben die römisch-katholische Kirche den Anspruch, diese allgemeine Kirche zu sein, die römische Kirche mit ihren Concilien, Päbsten, Bischöffen. Gegen diese Auffassung kämpfte Zwingli mit der ganzen Gewalt seines scharfen Verstandes und der vollen Energie seines republikanischen Willens. Er ist von Anfang an viel feindseliger gegen die römische Kirche als Luther. Ihm ist als Menschensatzung Alles verhaßt, was nicht auf die heilige Schrift begründet werden kann. In dieser fand er denn auch den Aufschluß, welcher seinem ganzen Wesen zusagte.

Mit der größten Bestimmtheit sprach er das aus in der berühmten Disputation, welche auf Anordnung des Rathes in Gegen-

Digitized by Google

wart einer Botschaft des Bischofs von Constanz und mehr als 60 Einheimischer und Fremder im Jahr 1523 in Zürich gehalten wurde. Er entgegnet dem bischöfflichen Vicar: „daß er aber fürgibt, sölich „sachen sölltend usgericht werden vor einer ganz christlichen Ver„sammlung aller nation oder vor einem concilio der bischofen 2c., „red ich darzu also: daß hie in dieser stuben on zwyfel ist „ein christliche versammlung. Denn ich hoff, es syg hie „onder uns der meerteil, die us göttlichem Willen und lieb die „wahrheit begerend ze hören, ze förderen, und zu wüssen; welches „der allmächtig Gott uns nit wirt abschlahen, wo wir das im zu „eeren mit rechtem glouben und herzen sind begehrende. Denn der „herr spricht: wo zween oder dry in minem namen ver„sammlet sind, bin ich mitten unter inen."

In der, wir wollen es nicht verhehlen, schroffen Scheidung und Entgegensetzung der allgemeinen, mehr durch den innern Glauben verbundenen, christlichen Kirche und der mehr äußerlich erscheinenden einzelnen Kirchgemeinde liegt der Ausgangspunkt der neu gestifteten reformirten Kirche und ihre formelle Rechtfertigung der Ablösung von der katholischen Kirche.

Zwingli ging bei seinen religiösen Reformen stets von den heiligen Schriften aus. Ausschließlich in diesen findet er die gültige Richtschnur des Glaubens und der kirchlichen Einrichtungen. Dabei ist er weniger innerlich erfaßt, erfüllt und getrieben von einer christlichen Idee, die in ihm lebt und wirkt, als Luther. Die oft etwas kalte und nüchterne Exegese der Schrift leidet ihn vornämlich. Auch jenes entscheidende Moment wird ihm auf exegetischem Wege zur Wahrheit erhoben, welche einmal erkannt, ihn ganz bestimmt.

Hören wir auch darüber ihn selber (Werke I. S. 197.): „Es „ist von alten Zyten her gestritten worden, was und welches die „kilch sye, bis uf unser jetzige zit. Und ist der stryt aller, als ze „besorgen ist, kummen us begirde des gwalts, daß sich etlich habend „wellen dargeben, sy syind die kilch, damit alle ding us irer hand „verwalten wurde. So ich nun mich davon ze reden undernimm, „weiß ich wol, daß ichs darheben muß denen, die darvon redend „us menschlichem tand, das aber mich gar wenig bekümmeren muß: „dann ich nit min, sunder gottes wort, nit menschenleer, sunder die „meinung des geistes gottes davon herfür bringen will. Find also, „daß vil im alten testament das, so wir die kilchen nennend, kahal

„oder makhal hebräisch, griechisch ecclesia, latinisch concio genemt „wirt; und heißt aber den Tütschen kirch oder kilch nun das hus, „darinnen man pfligt das gottswort der versammlung ze verkünden, „toufen spysen etc., welches tütsch dheinem vorgezälten wort dient: „dann kahal ecclesia concio heißt nit ein tempel, sunder ein ver„sammlung, gemeinsame oder gemeind des volks. Dannen har et„wann das wort volk in der geschrift gebrucht wirt für das wort „gemeind. Dise also gemeinsame oder gemeind wirt in der „gschrift in zwey gar nach glychen bedütnussen gebrucht. Zum „ersten für die ganzen gemeinsame aller dero, die in einem „glouben uf den herren Jesum Christum erbuwen und „gegründt sind. Welicher in der kirchen oder gmeind ist, der „mag nit verdammt werden: dann ein ieder, der in Christum gloubt, „der hat ewigs leben. Joh. VI. 40. Von dero redt Christus Matth. „XVI. 18. — Der fels ist Christus 1 Cor. X. 4. Matth. XVI. 42. „Uf den ist die kilch, das ist, gemeind der glöubigen erbuwen. — „In der bedütnuß nimmt Paulus ouch die kilchen. Gal. I. 13. — „Philip. III. 6. — Hebr. XII. 18—24. — 2 Cor. XI. 2. — Ephes. „V. 25. — Sind aber nit die bischof, die gemeinlich concilia „haltend, ouch die selb kilch? Antwurt: sy sind allein glider „der kilchen, wie ein ieder andrer christ, so fer sy Chri„stum für ir houpt habend. Sprichst du: sy sind aber ec„clesia repraesentativa. Antwurt: Von dero weißt die „heilig gschrift nüts. Willt du, so such us menschentand, noch „mee ander namen; ich benüg mich der göttlichen gschrift allein; „dero halt ich mich; by dero must du mich blyben lassen, und ouch „vernüget syn, ob du ein christ bist."

„Zum andren wirt das wort kilch genommen für die be„sunderen zemmenversammlungen, die wir pfarrer oder kilch„hörinnen nennend. Das sind ie so groß menginen oder ge„meinden, so vil wol und kommlich mögend zemmenkummen, by „einandren das gottswort hören und leeren, die man noch hüt by „tag an vil orten by uns parchinen nach dem griechischen wort par„ökia nennet; das ist ein nahe oder nachbürliche wohnung. Dann „ie ein gegne etlicher größe sich zemmen sammlet, wie dann komm„lich syn mag. Von der gemeind oder kilchen redt Christus Matth. „XVIII. 17.: Laß er sich zween oder dry zügen nit wenden, so „sags der kilchen, das ist der gemeind. Nit der allgemeinen kil-

Digitized by Google

„chen; denn wer möchte der ganzen christglöubigen gemeind, allein „in dem geist vereint, mundlich anzeigen einen, den man usschließen „wöllte? Also nämt ouch Paulus die kilchhörinen oder parchinen „oder pfarren ecclesias das ist gemeinden 1 Cor. I. 1. XIV. 34.

Jene allgemeine christliche Kirche lebt, wie Zwingli sich ausdrückt (I. S. 200.) „allein in der hoffnung und kummt sichbarlich „nümmer zemmen, aber in dem liecht des göttlichen geists und gloubens ist sy hie ouch allweg by einandren, das ist aber nicht sichtbar. Darum weliche nit in einem einigen lutren göttlichen glouben versammlet sind, oder einhelliglich under einem houpt Christo „zesammen gsetzt und glidmaßet sind, die sind nit in der christlichen „kilchen: denn es ist nun ein einiger gloub, wie einiger gott und „einiger touf ist".

Aber diese Einigkeit im Glauben sollte sich in einer äußern einigen christlichen Kirche darstellen. Die katholische Kirche mit ihrer ausgebildeten einheitlichen Hierarchie behauptete, sie zu besitzen, selbst diese Darstellung zu sein. „Hie sprechend sie, man muß ie einig „werden durch die zemmengesandten väter. Antwurt: Nein, man „muß einig werden durch das einig wort gottes".

Indem Zwingli immer und immer wieder auf das Studium und die Auslegung der heiligen Schriften drang und in ihnen, wie neue Waffen für seine reformatorischen Bestrebungen fand, so auch zugleich die Grundlage aller kirchlicher Gestaltung erkannte, so läßt sich doch nicht verkennen: die negirende und reinigende Kraft trat in der ersten Zeit mächtiger hervor als die positiv wirkende, bauende.

Für die Kirche im Sinne des Reformators lag eine doppelte äußere Gefahr ganz nahe, die eine, daß sie sich äußerlich in eine große Zahl einzelner kleiner Kirchgemeinden zersplittere, die andere, daß sie ganz und gar jede äußere Gestaltung einbüße und nur im Gemüthsleben der Individuen noch fortlebe. Die Mißbräuche der einheitlichen katholischen Kirche erschienen damals zu groß, um die ganze Bedeutung dieser entgegen gesetzten Gefahren zu erkennen. Aber bis auf einen gewissen Grad konnten dieselben doch auch dem Eifer des Reformators nicht entgehen. Es war auch ihm nicht genug, frei geworden zu sein von der bindenden Autorität der Concilien und des Pabstes, frei durch die Bibel als die höhere — oder wie sie damals von Zwingli aufgefaßt wurde, die einzige — Autorität; er wollte auch andere, zunächst seine Pfarrgemeinde, aber

Digitized by Google

nicht bloß diese, sondern so weite Kreise er irgend zu erfüllen hoffen durfte, in gleicher Weise frei machen von der Herrschaft der katholischen Kirche, umgestalten zu einer gereinigten christlichen Kirche: und da konnte auch er — trotz seiner Ansicht von der sogenannten unsichtbaren Kirche — weder eines äußeren Regimentes, noch allgemeiner, über die Gränzen einzelner Kirchgemeinden hinaus reichender Gesetze und Formen entbehren, in denen sich doch wieder eine sichtbare allgemeine Kirche darstellt. Ohne solchen Erfolg hätte die schweizerische Reformation nur reformirte Secten, nicht eine reformirte Kirche hervorgebracht.

Von da aus gelangen wir nun zu dem Verhältnisse der neu entstehenden reformirten Kirche zum Staate. In der oben dargestellten Theorie hatte zwar die innerliche allgemeine Kirche ein einiges stätiges Haupt, nämlich Christus, nicht aber die äußerliche Kirchgemeinde auch ein sichtbares menschliches Oberhaupt. Vielmehr wirkten bei Zwingli hier schon mehr republikanische Ideen ein. Die Priester haben keinen besondern Charakter, welcher sie von den Laien sondert wie eine Kaste von der andern, und ihnen eine besondere kirchliche Erleuchtung schon um ihres Standes willen beilegt. Zwingli[1]) (Werke 1. S. 415) erklärt die Priesterschaft „für ein amt, nit für eine würde oder junkerschaft." So wenig er die Staatsjunker leiden mag, so wenig gefallen ihm die „Gottesjunker".

„Also ist ein priester syn nüt anders, denn ein eersamer ver„künder syn des worts gottes und ein wächter zu dem heil der „seelen."

Er verwirft geradezu alle geistliche Herrschaft, alles geistliche Regiment (W. I. S. 346): „Der geistlichen herrschaft hat irer „hochfur gheinen grund in der leer Christi. Daß sy — ghein hoch„fur oder herrschaft furen söllind in irem amt, ob sy glych das selb „sust wol und recht verwieltind, bewär ich durch das eigen wort „Christi, der allweg, so die jünger von der obreste geredt hand, „inen von der nidre des geistes geseit hat, in welicher sy die höchste „söllind suchen." Matth. XVIII. 1. Nachdem er dieß noch weiter ausgeführt und mit Stellen belegt, fährt er fort: „Us disem grund

1) In der Schrift von dem predigtamt (Werke II. S. 304. f. f.) sah er sich genöthigt, das Institut der Pfarrer gegen die Wiedertäufer in Schutz zu nehmen.

Digitized by Google

„der geschrift soll man nit gestatten, daß die geistlichen einigerlei „oberkeit habind, die der weltlichen wider ist oder von ge= „meinem regiment abgesündret: denn sölichs bringt zwi= „tracht."

Hat die geistliche Gewalt keine Begründung in der Bibel und ist sie nach Zwingli's Ansicht eben deßhalb geradezu verwerflich, so hat dagegen die weltliche Gewalt in jener volle Begründung. Christus selbst erkannte sie an durch sein Wort und anschaulicher noch durch die That. Unbedenklich weist Zwingli ihr auch alle äu= ßere Gewalt in Kirchensachen, insbesondere die Gerichtsbarkeit zu. Eine seiner Thesen (XXXVI.) lautete: „Alles so der geistlich „staat im zugehören rechtes und rechtesschirms halb fürgibt, gehö= „ret den weltlichen zu, ob sy christen syn wellind." und in der Auslegung derselben (I. S. 351) heißt es: „Summa alle re= „giment werdend deß fridsamer, so sy gheinen capitlen oder con= „venten ze richten gar nüt gestattend, sunder alle gerichtshändel für „sich zühend; und capitlen ouch conventen nüt erloubend, sunders „ze handlen, es sye denn, daß sy ze lernen zemmen kummind und „hören. Denn kurz als vil ich ir all mine tag ie gesehen hab, so „sind sy allweg dem offenen regiment widerwärtig, das aber wider „Gott ist."

Wenn auch die neue reformirte Theorie damals nicht näher ausgeführt wurde, so ergeben sich doch folgende Hauptpunkte mit Sicherheit:

Für's erste: Die bisherige vom Staate getrennte äußere kirch= liche Gewalt, die Hierarchie, wurde verworfen.

Für's zweite: Es wurde ebenso jede neue, äußerlich dem Staate an die Seite tretende, von ihm getrennte Kir= chengewalt mißbilligt.

Drittens: Die äußere Gewalt und Hoheit auch für die Kirchenverfassung und das Kirchenwesen wurde der weltlichen Obrig= keit (dem Staate) überlassen, und so die Kirche zwar nicht als ein bloßer Zweig des Staatslebens gedacht — dem widersprach ihre Idee — aber in eine enge Verbindung zum Staate und sei= nen Institutionen gebracht.

Viertens: Diese Verbindung geschah unter der bestimmten Vor= aussetzung, daß der Staat ein christlicher und die Obrigkeit von dem Glauben der Kirche erfüllt sei.

Digitized by Google

Diese Sätze erhalten noch mehr Leben und Inhalt, wenn wir von jenen Zwinglischen Lehrvorträgen übergehen zur Geschichte der schweizerischen Reformation und zusehen, wie diese sich äußerlich geltend gemacht hat.

Voraus in Zürich, wo Zwingli gelehrt. Alle Neuerungen in der Kirchenverfassung wurden von dem Großen Rathe der Zweihundert eingeführt. Schon 1520 erließ der Rath ein Mandat an alle Leutpriester, Seelsorger und Predicanten der Stadt und der von ihm regierten Landschaften: „das sy all gemeinlich und fry die „heyligen Evangelia und der heyligen Apostlen Sendbrieff, glych„förmig, nach dem geist Gottes, und rächter göttlicher geschrifft be„wären und erhalten mögend, das söllind sy verkünden und leeren. „Was aber Nüwerungen und von menschen erfunden sachen und „Satzungen syend, deß söllind sy geschwigen" [2]).

Mit diesem Mandat war die Reformation dem Princip nach bereits eingeführt. Im Bewußtsein seiner Macht innerhalb seines staatlichen Gebietes und im Glauben an den christlichen Gehalt seiner Verordnung erließ der Rath dieselbe. Er fühlte sich nicht nur politisch souverain, er fühlte sich auch kirchlich von der Autorität des Bischoffs, des Pabstes unabhängig. Wie Zürich sich gelöst hatte vom Reichsverband, so war die Stadt damals schon heraus getreten aus der römisch-katholischen Kirche.

Eben indem der Rath kirchliche Verordnungen erließ, wurde es aber zugleich klar, daß er dieß nicht thue aus politischen Gründen, nicht als bloße Staatsgewalt. So sehr auch alle äußerliche Gewalt in dem Großen Rathe sich vereinigte, die beiden wesentlich verschiedenen Ideen des weltlichen Staates, hier in einer Eidgenössisch städtischen Republik verkörpert, und der religiösen Gemeinschaft, deren Oberhaupt Christus ist, bewirkten doch eine Scheidung der verschiedenartigen Bestandtheile in der Gewalt der Obrigkeit und ein verschiedenartiges Verfahren für die politische und die kirchliche Gesetzgebung.

Der Gang für diese war jeder Zeit folgender. Erst bereiteten Zwingli und andere evangelische Prediger durch ihre Predigten die Gemeinden für die Reform vor und suchten diesen und den einzel-

2) Bullingers Reformations-Geschichte, herausgegeben von J. J. Hottinger und H. H. Vögeli, I. 32.

nen Kirchgenossen die Ueberzeugung zu geben und den Glauben zu wecken, daß das Christenthum gewisse äußere Anordnungen des Cultus oder gewisse Formen und Grundsätze der Kirchenverfassung verwerfe oder billige und verlangten dann Beseitigung der erstern, Einführung der Letztern.

So kam — wie sich das auf kirchlichem Gebiete ziemt — der erste Anstoß nicht von einer politischen Behörde, sondern von den kirchlichen Gemeinden selbst, insbesondere von ihren Lehrern und Predigern her. Waren nämlich auch die Geistlichen im Sinne der reformirten Lehre nicht wesentlich verschieden von den Laien, und hatten sie auch keine besondere Heiligkeit und Erleuchtung anzusprechen, so hatten sie doch das von Christus selbst eingesetzte kirchliche Lehramt zu verwalten und waren durch Bildung und Lebensberuf vorzugsweise befähigt und angewiesen, die heiligen Schriften zu verstehen und das Evangelium zu verkünden. Und darauf war ja die ganze damalige Reformation basirt. So erhielten die Geistlichen naturgemäß einen großen — meistens entscheidenden — Einfluß auf die kirchliche Gesetzgebung und die kirchliche Organisation. Nicht bloß der erste Anstoß ging gewöhnlich von ihnen aus, die *ganze* Verarbeitung des Stoffes lag vorzugsweise bei ihnen. Erst wenn sich von ihnen aus eine allgemeine herrschende Ueberzeugung über die Christlichkeit eines Gebots oder Verbots in der Gemeinde, zu welcher ja die Räthe auch gehörten, ausgebildet hatte, war ein solches reif, im Großen Rathe behandelt zu werden. Man darf sich durchaus nicht denken, es habe der Große Rath sich die bischöffliche Gewalt zugeschrieben, noch es sei der Große Rath einfach an die Stelle des verdrängten Bischoffs von Constanz getreten. Faktisch mußte es sich ergeben, daß je mehr die kirchliche Gewalt des Bischoffs beseitigt wurde und von dem zürcherischen Gebiete verschwand, desto mehr auch die äußere Kirchengewalt des Großen Rathes wuchs. Irgend wo mußte sie sein, und sie fiel — eben, weil sie eine äußere Gewalt war — der Staatsgewalt anheim. Die Macht des großen Rathes zog sie an und hielt sie fest. Aber die leitende Idee ist doch nicht die einer Succession des Staates in die bischöffliche Gewalt. Die Reformirten sahen in ihrem großen Rathe keinen Bischoff, sie sahen in ihm nur die Obrigkeit. Jeder Pfarrer galt ihnen — nach Zwingli's Lehre — als Bischoff, d. h. als Aufseher und Wächter über das Seelenheil der Gemeinde;

Digitized by Google

von einem höher gestellten mit einer obern Kirchengewalt ausgerüsteten bischöfflichen Amte wollten sie nichts wissen, weder in Form eines rein kirchlichen Amtes, noch in Verbindung mit politischen Aemtern [3]).

Finden wir daher den Großen Rath hier eine Kirchengewalt ausüben, so thut er dieß als christliche Landesobrigkeit. Einmal als Landesobrigkeit, in welcher alle äußere Gewalt, mithin auch die kirchliche, inwiefern sie eben eine äußerlich wird — alles Regiment sich vereinigen soll, damit die Einheit des ganzen Organismus erhalten bleibe. Zweitens als christliche Obrigkeit; denn inwiefern sie christlich ist, fühlt sie sich in ihrem Gewissen gedrungen, die Gebote des Christenthums — so viel an ihr liegt — zu erfüllen und die ihr von Gott verliehene obrigkeitliche Macht zur Reinigung und Vervollkommnung der christlichen Kirche zu verwenden. Das war die Auffassung der Reformationszeit. Nicht Menschensatzungen schaffen, sondern Gottes Gebot erfüllen wollte der Große Rath mit seiner Macht. Erst wenn auch ihm der Glaube oder die Ueberzeugung fest stand vor der Seele, daß eine Verordnung auf göttlichen Geboten, insbesondere wie damals die Richtung auf die heilige Schrift vorherrschend war, auf den Vorschriften dieser beruhe, erließ er sie, nicht als Herr zunächst, sondern gehorsam diesen christlichen Geboten.

Um die Zweifel vollends zu entfernen und die Wahrheit ins klare Licht zu bringen, ordnete der Große Rath mehrfach vor wich-

3) Zürcherische Kirchenordnung von 1532, in J. J. Simlers Urkundensammlung II, S. 25 ff. „Diewyl das Pfarr- oder Predig- „amt das höchst und nothwendig ist um der Kilchen Gottes willen, „und aber bishar groß Mangel und Praesten inn der Berufung, „Wahl und Sendung gewäsen: habend wir – von einer Verbesse- „rung Red gehalten, angesähen, das uns Gott nit allein Befelch „abzebrächen, sunder ouch Ufbuwens gegäben hat. Darum so nit „Gottes Wort die Bischofflich Wyche Oelung und Charakter „abgethon, ist das nächst, das wir das HendufIegen, — nach „dem Befelch des Herren — an des ußgerüteten Bischöfflichen „Mißbruchs stat ynpflantzind." — „Und damit lege er (der Dekan) im (dem einzusetzenden Pfarrer) die Hend uff. — Aber nach vollendetem Gebätt befelhe der Vogt oder Radsbott den Pfarrer der Gemeind im Namen der Christlichen Obergkeyt."



Digitized by Google

tigen Veränderungen große öffentliche Disputationen an. Dahin berief er vorerst die sämmtlichen Geistlichen seines Gebietes in der richtigen Ueberzeugung, daß diese voraus berufen seien, als mit dem christlichen Lehramt Vertraute christliche Wahrheit aus den heiligen Schriften zu erweisen.

Aber einmal berief er nicht bloß diese, sondern lud ohne alles Bedenken auch fremde Gelehrte, Geistliche aus andern Ländern ein. Es handelte sich ja nicht um territoriale Principien, noch um nationale Ideen, sondern um christliche Wahrheit, wie sie für alle Völker und Gebiete als nur Eine aufgefaßt wurde. Selbst Weltliche wurden nicht ausgeschlossen, dem protestantischen Princip gemäß [4]).

Ueberdem sah er diese Versammlung keineswegs als entscheidend an. Wollte er die Concilien nicht gelten lassen als absolute Autorität in Glaubenssachen, so konnte er auch einer derartigen Versammlung von Gelehrten und Geistlichen nicht eine solche zuschreiben. Was daher auch die Mehrheit beschließe, ja selbst wenn sie alle einmüthig wären, darum allein würde sich der Rath doch nicht für gebunden erachten. Erst wenn auch er überzeugt ist und glaubt, daß es nicht Menschensatzungen sind, worüber die Gelehrten und Geistlichen sich vereinigt haben, sondern Gottes Gebot, dann erläßt er die kirchliche Verordnung. Der Rath, aus weltlichen Christen bestehend, wohnt der Disputation bei, hört an, merkt auf, prüft und läßt sich nur bestimmen, wenn er selber den Glauben der Versammlung theilt.

Lassen wir auch ihn selber reden. In der Ausschreibung der ersten Disputation heißt es: „Da wir mitt allem flyß, mitt ettlichen „gelerten (ob es uns gut bedundt) uffmercken, vnd nachdem mitt „göttlicher geschrifft vnd warheit sich erfindt, werdent wir ein yeden „heym schicken, mitt befälch fürzufahren oder abzustan. — Ob aber „ettwar dannethin widerwertig syn und nitt rächte göttliche geschrifft „erscheinte, mitt dem wurdent wir nach unser erckantnuß wyter hand„len, des wir lieber entladen sin wöllend. Wir sind ouch guter „hoffnung zu Gott dem allmächtigen, er werde die so das liecht der „warheit also ernstlich suchend mitt demselben gnädicklich erlüchten,

4) Ausschreiben der zweiten Zürcher Disputation bei Bullinger I, S. 129.

„und das wir dannethin, in dem licht als kinder des liechts wand-„lind."

Und in der auf Befehl des Rathes an alle Prediger des Landes erlassenen Einleitung (Anleitung) vom 17. Novbr. 1523 heißt es: „Vnd wie wir vor in gemeiner Verkündigung vnd üwer aller „zusamenberüffung beider articklen, der Bildern vnd der Meß halb, „vnsere gnedigen Herren die Bischoff von Constanz, Chur vnd Ba-„sel, ouch die Vnniversitet daselbs, deßglych vnser getruw lieb Eyd-„genossen von den 12 orten, ouch ander früntlich beschriben vnd er-„forderet habend, das sy vns durch ir gelerten Bottschaften, in de-„nen articklen, durch die war göttlich Evangelisch geschrifft bericht „zu gäben, hulffend. Also sind wir noch begirig, wer vns durch „die waren göttlichen geschrifft, bessers vnd anders berichten kan, „das wir sömlichs mit sunderem danck vnd fröyden von inen güt-„willig vffnemmen wöllend. Wir bittend ouch hieby abermalen alle „vnd yede, so vns ienert befundent, wider Gott vnd sin wort des „heyligen Evangelij, geirrt haben oder vnrächt daran zü sind, daß „sy das vmm der Eer Gottes, der warheit vnd Christenlicher liebe „willen, früntlich vß dem rächten wort Gottes vnd Evangelio wöl-„lind anzeigen. Sömlichs werdent wir zu hohem Dank annemmen „vnd empfahen" [5]).

Einen ähnlichen Verlauf nahm die Reformation in den andern schweizerischen Städten und Ländern. Dieselben Ideen beherrschten die Obrigkeit, die Geistlichen, die Gemeinden. Nachdem auch in Bern die evangelische Lehre die Oberhand erhalten hatte, ergriff da der Große Rath noch kräftiger, stolzer die Zügel der Kirchengewalt, als in Zürich. Er mochte sich in dem von jeher aristokratischeren Bern mächtiger fühlen als der Zürcherische in seinen Elementen mehr plebejische und demokratische Rath; und überdieß trug zu dieser Erscheinung noch bei, daß aus den Geistlichen seines Gebietes keine geistige Potenz von solcher Energie und Klarheit hervorragte, wie Zwingli in Zürich. Wenn man die von dem Großen Rathe zu Bern — nach der dortigen Disputation — beschlossene Reformation liest, so spürt man das Wehen des aristokratischen Geistes, der bis auf unsere Tage die Bernerische Kirchenverfassung, so sehr sie im Wesentlichen mit der Zürcherischen übereinstimmt, doch

5) Bullinger R.G. I. 136.



Digitized by Google

dem Staate und der Staatsgewalt mehr unterworfen hat, als es der kirchlichen Entwicklung zuträglich ist[6]. Einige der wichtigeren Stellen mögen theils Zeugniß ablegen für die Wahrheit dieses Satzes, theils die reformirte Kirchenverfassung weiter beleuchten:

„Wir der Schultheyß der Stadt, vnd die zweyhundert, der Bur„geren, genannt der Groß Radt, zu Bernn, thund kund, vnd ze„wüssen, allen vnd yeden, vnsern lieben getrüwen Burgeren, vnder„thanen, hindersässen, vnserer verwaltung zustendigen, vnd zůgehö„rigen, allen gemeinlich, vnd sonderlich, so in vnseren Stetten, Dörf„feren, landen vnd gebieten, wonent vnd gesässen sind, geystlichen „vnd weltlichen, niemants vßbeschlossen, ouch allen jren nachkommen. „Als dann vns, von wägen der Oberkeit, gebürt, vch die vnse„ren, vns von Gott benolchnen, nit allein in weltlichen sachen, zů „aller billikheit, zewysen, sonders ouch zů rechtgeschaffnem Christen„lichen gloubenn (als wyt Gott gnad gibt) ynleytung zegeben, vnd „ein erber vorbild vch vorzetragen, ist vch, ane zwyffel, wol wüssend, „wie vil wir vns in sölichem gearbeitet, wie mangerley ordnungen „vnd Mandaten, wir dißhalb, vns vnd vch zů güter vnderrichtung, „angesähen vnd vffgericht, der hoffnung, es sölte alles wol erschos„sen haben, das aber bißhar alles ane frucht vnnd vil anders, dann „wir vermeint, beschechen, biß zů letst das wir in vns selbs gangen, „vnd erinnert haben, mit welichen fügen, wäg, vnd gestalten, wir „vff den waren, vesten grund, götlicher warheit, kommen, vnd in „Christenlicher liebe zůnemmen, vnd darinn beharren, ouch rechtschaf„fen gotzdienst anrichten möchten, das nun dheiner andrer wyß hat „mögen beschähen, dann mit haltung der Disputation, weliche mit „hilff vnd gnad des allmechtigen, nächstuergangner tagen volendet „ist (got hab lob) wie die aber vßgeschriben, vnd demnach gehalten „sye, wirt mercklich vß den, im Truck vßgangnen Acten, wol erler„nen, deßglychen waß wir vns daruff beradten habend, vß dieser „gschrifft, vernemmen mögend.

„Erstlich so erkennen wir, dz vns der zähen Schlußreden halb, „gnügsam vnderrichtung begägnet ist, das dieselben Christenlich, vnd „in Göttlicher schrifft gegründt, vnd damit erhalten, vnd darumen „so sind wir verursachet die an die hand zenemmen, vnd den selben

6) Damit stimmt auch der Aufsatz: „Die Verfassung der Republik Bern" in Rheinwalds Allg. Repertorium 1841 überein.

Digitized by Google

„gestracks nachzeläben, glycher gestalt vch hiemit Christenlicher mey„nung, ermanende, vnd gebietende, das ir vch sampt vnd sonders „vns hierinne glychförmig machend vnd in sölichem von vnns nit „abtrettend: dann warlich wo wir nit versicheret, das die vermeynt „gotsdienst, vnd ceremonien, so bißhar in bruch gewäsen, dheinen „grund in heyliger geschrifft, ouch wo wir nit vertrüwten vnser für„nämen vnnd ansechen, gegen Gott vnnd der welt wol zeuerant„wurten, hettend wir gegenwürtige ernüwerung nit gethan (des zü„gen wir an Gott). Harumb wir allen Pfarrern vnd Predicanten, „so den vnsern in statt vnd land fürgesetzt sind, gepieten, das sy „dheiner gestallt wider bemelt zähen Schlußreden, vnd jr jnnhalt, „weder predigend noch lerend, by verlierung jrer pfründen, sonders „sich beflyssend, das wort Gottes getrüwlich vnder dz volck zesäyen, „vnd nach denselben zeläben, vnderwysen.

„Zum andern, Sidmal die vier Bischoff, vnd jr gelerten, vff „vnser Disputatz beschriben, vnd berüfft worden, vnd aber vff vnser „verwarnung nit erschinen sind, deßglichen allein die schäfflin ge„schoren, vnd aber nach der leer gottes, die nit gewendet, sonders „also in jrthumb gesteckt, vngetröst, vnd verwyßt belyben lassen, die „vnd derglychen mer billich vrsachen, haben vns bewegt, jr beschwär„lich joch ab vnsern vnd vweren schullteren zewärffen, vnd also jr „eygenützig gwärb abzestellen, Vnd vff sölichs, so wöllen wir nit dz „jr noch vwer nachkommen, jnen noch jren nachkommen hinfür ge„horsamend, jr pott vnd verpott nit annemmend (verstand geistlicher „sachen halb) als da sind Chrisam Eehändel, Bann vnnd ander be„ladnuß, als Consolation, Penalien, Bätt, Absolution, Inducien, „Erstfrücht, genannt Primitzen, Ficalschulden, vnd ander Bischofflich „statuten, Mandaten, satzungen, schatzungen vnd beschwärden, deren „aller söllend wir, jr, vnser vnd vwer nachkommen entladen sin: „Dann ane zwyffel wo die Bischoffe sölich beschwärden, ouch ander „brüch der verwändten gotsdiensten, vertrüwt hetten, mit dem wort „Gottes vff vnser Disputatz zeerhalten, wären sy dheins wägs vß„beliben, doch so wöllen wir nit hiemit verstan, das jnen weltlicher „oberkeyt halb, ouch der pünden, von vns noch vch einicher yntrag „noch ynbruch begegne.

„So söllen all Dechan, vnd Camerer, so den Bischofen geschwo„ren, der selbigen eyden ledig sin, vnnd allein vns schweeren, vnd „aber die Dechan, so der Euangelischen leer widrig, söllend in den

Digitized by Google

„Capitlen geändert, vnd an jr statt glöubig, gotzförchtig männer, zů „sölichem ampt erwellt werden, die da wüssend vnd acht habend vff „die Pfarrer vnd Predicanten, das die selben das wort Gottes ge„trüwlich lerind, vnd demnach läbind, das sy dem gemeinen volck „ein gůt exempel vortragind, vnd wo sy die Pfarrer vnd Predican„ten, jrtind, oder ergerlich läbtind, das wort Gottes nit trüwlich „predigetind, alldann sy in gemeinem capitel, straffind, vnnd jrs yr„thumbs berichtind: vnd so verr sich sölich nit bessern weltend, all„dann die selben vns anzeigen, damit wir vch mit andern togenli„chen pfarrern, versechen mögind. Wir wöllen ouch das kein priester „gezwungen werd in Capitel zegan, so vssert halb vnser gebieten sind, „sonders söllend sy zů den Capiteln gehören die in vnsern landen „sind, namlich die yedem aller gelägnest, Vnd wo nit gnůg Capitel „wären, söllend mer gemacht werden" 7).

Wenn in Zürich und Bern die weltliche Obrigkeit kein großes Bedenken hatte, die Kirchengewalt großen Theils an sich zu ziehen, so tritt ein solches in Basel klarer hervor, hindert aber auch da die Räthe und die besonders Verordneten der Bürgerschaft nicht, die nämliche Kirchengewalt auszuüben. Die daselbst im Jahr 1529 erschienene Reformationsordnung ist in ihrer Form schon wissenschaftlicher gehalten als die Ordnungen der andern Schweizerstädte. Die Universität zu Basel übt hier ihren Einfluß aus. Eben darum gewährt sie auch für das Studium der schweizerisch reformirten Kirchenverfassung besondere Belehrung. Das Einschreiten der weltlichen Obrigkeit wird folgender Maßen gerechtfertigt:

Gott habe mit Sendung und Offenbarung seines heiligen Wortes die Welt von neuem heimgesucht. Es sei wieder klar geworden, daß der Gottesdienst voller Mißbräuche sei und man habe dieselben abgestellt. Nun genüge dieß aber nicht, sondern sei hoch von Nöthen, „andere Christliche ding an statt der abgestelten mißbrüchen, „nach Anleitung des Göttlichen Worts zu pflantzen, damit durch gute „ordnung unser leben hinfür Christenlich, dem nächsten unärgerlich „angerichtet werde, und wir an dem strengen urtel Gottes „unsers empfangenen gwaltes, denselben zu offnung „Göttlicher eeren, und pflantzung eines fridsamen Christ„lichen wesens gebrucht haben, rechenschaft geben mögen.

7) Bullinger S. 440 — 444.

Digitized by Google

„Darumb so haben wir in dem namen der heyligen Trivaltigkeit „des waren Göttlichen Dienstes, zu pflanzung eines Christlichen „erbarn fridsamen lebens, onangesehen, das solche Ding den „geystlichen obern, wo inen unserer seelen heyl ange-„legen billicher zefürdern zustünde, Gott zu lob unß und „den unsern zu gut, diß volgend ordnung gemacht.“ [8])

Ueberall finden wir somit in der reformirten Deutschen Schweiz eine enge Vereinigung der äußern Kirche mit dem Staate, überall auch eine kirchliche Organisation, welche viel gemeines hat mit der politischen, welche eben darum in republikanischen Formen sich gefällt. Hierin liegt ein nicht zu übersehender Gegensatz zur lutherisch-protestantischen Kirche. Irren wir uns, wenn wir behaupten, ausser jener allgemeinen, aus den bestehenden allgemeinen Zuständen der Schweiz klar gewordenen Rücksichten habe vorzüglich auch Zwingli's besondere Geistesrichtung wesentlich eingewirkt? Er war eben so sehr politischer und sittlicher, als religiöser Reformator. Er war vielleicht ein größerer republikanischer Staatsmann als Theologe. Im Rathe hatte er auch bei politischen Fragen sehr großen Einfluß; hätte man seine allerdings kühnen, ungewöhnlichen Plane mit mehr Kraft und Beharrlichkeit verfolgt, die kirchliche und politische Reformation und Reorganisation hätte wohl die ganze Schweiz überwältigt und umgestaltet [9]). Man darf sich nicht wundern, daß er ohne Mißtrauen und ohne Vorbehalt so wesentliche Theile der Kirchengewalt im Sinne der Reformatoren das ganze Kirchenregiment dem Staate überließ. Durch diese Verbindung mit dem Staate, durch die Macht der Obrigkeit ward es möglich, die Hierarchie zu brechen und der Reformation den Sieg zu bereiten. Darauf waren alle seine Gedanken gerichtet: und man begreift es, daß er die neuen Gefahren, welche aus diesen Zugeständnissen für die Kirche hervor

---

8) Bullingers R.G. II. S. 82 f. f.

9) Vortrefflich findet sich diese Bedeutung Zwingli's geschildert bei Ranke, Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reform. III. Band. Seither ist Zwingli auch durch die Poesie verherrlicht (Ulr. Zwingli, 21 Gesänge von A. E. Fröhlich, Zürich 1841) und durch eine so gründliche als faßliche Bearbeitung für das Volk diesem wieder klar gemacht worden. Zwingli von J. J. Hottinger. Zürich 1841.

Digitized by Google

gehen konnten, übersah. Nur Eine, die äußerste, Gefahr ahndete er und bedrohte sie mit den äußersten Mitteln. Eine seiner Thesen vom Jahr 1523 — unmittelbar folgend auf die, welche Gehorsam predigten gegen die weltlichen Obern — lautet keck genug:

„So sy aber untrüwlich und usser der schnur Christi „faren wüedind, mögend sy mit Gott entsetzt wer= „den."

Zwar mäßigt er das gefährliche Princip in der Auslegung, welche er dem Satze beigefügt hat, warnt vor Todschlag, Krieg und Aufruhr und empfiehlt gesetzliche Mittel. Aber selbst die gemäßigte Auslegung zeigt doch hinwieder, daß in äußerster Noth der christlichen Kirche, welche von einer abtrünnigen Obrigkeit bedrängt wird, auch die physische Gewalt des Volkes, welche den „Tyrannen abstoßt", bei ihm Billigung findet.

Nachdem wir so den Entwicklungsprozeß der reformirten Kirchenverfassung charakterisirt, wollen wir dieselbe in einigen Grundzügen darstellen und daran einige Andeutungen knüpfen für die Gegenwart.

Die Kirchenhoheit steht auch nach der reformirten Kirchenverfassung der Schweiz ausschließlich der weltlichen Obrigkeit, dem Staate, nicht aber irgend einer besondern kirchlichen Behörde zu. Ihre äußere Einheit findet somit die reformirte Kirche allerdings im Staate. Aeußerlich betrachtet gehört die reformirte Kirche zum Staate und ist als eine äußere Erscheinung ein Bestandtheil seines Organismus, in dieser äußerlichen Gestaltung dem Staatsganzen untergeordnet.

Der Staat übt nicht bloß das negative Recht aus, von seinem eigenen Gesichtspunkte aus alle kirchliche Anordnungen zu hemmen, welche — dem Staate — gefährlich oder schädlich wären, ein Recht, welches der moderne Staat jeder religiösen Gemeinschaft — auch der katholischen Kirche gegenüber — anspricht, sondern er hat auch das positive Recht,

a) kirchliche Anordnungen aus dem kirchlichen Gesichtspunkte selbständig zu prüfen und denselben entweder die staatliche Sanktion zu ertheilen, durch welche allein sie einen äußerlich bindenden Charakter und formelle Geltung innerhalb der reformirten Kirche erlangen, oder jene Sanktion zu verweigern.

Digitized by Google

b) Wo der Staat kirchliche Gebrechen und Bedürfnisse erkennt, darauf aufmerksam zu machen und auf dem Wege der kirchlichen Gesetzgebung Abhülfe zu fordern, beziehungsweise zu gewähren [10].

Die Kirche kann und darf aber nicht erstarren in der Form des Staates, als ein äußerliches Glied seines Organismus. Wenn sie äußerlich dem Staate untergeordnet ist, so ist sie hinwieder innerlich selbständig, auf einem eigenen Lebensprincip wurzelnd, von dem Staate unabhängig, diesem im religiösen Gebiete übergeordnet.

Dieses Wechselverhältniß des Staates zur Kirche ist von den schweizerischen Reformatoren vorzüglich klar erkannt worden. Und darin liegt eine Bedeutung der reformirten Kirchenverfassung, welche in der Zukunft wachsen und nicht verschwinden wird.

Ueberdem beruhen auch einzelne Institutionen der Kirche, die wesentlichsten gerade der Kirchenverfassung, nicht auf der veränderlichen Verfassung des Staates, sondern auf der Einsetzung Christi, der fortwährend als unsichtbares Oberhaupt der Kirche gedacht wird, oder auf der ersten Einrichtung seiner Jünger und der Apostel. Dahin gehört das Lehramt und die Gemeinde.

A. Die Kirchgemeinden nehmen von Anfang an in der reformirten Kirchenverfassung eine bedeutende Stellung ein. Wir haben oben gesehen, wie Zwingli in ihnen vorzugsweise die sichtbare christliche Kirche erkannte. Und in der That, wenn irgendwo, so tritt hier der kirchliche Verband, das kirchliche Leben anschaulich hervor. Das Gotteshaus, die Kirche, überragt schon äußerlich alle Häuser der Gemeinde, zieht weit umher die Blicke auf sich und lenkt sie nach oben, mit dem aufstrebenden Thurme zum Himmel deutend. Sie nimmt die Gemeinde in sich auf zum Gottesdienste. Da versammelt diese sich zur Predigt, zur Festfeier, da zur Berathung über kirchliche Angelegenheiten. Dahin wird das neugeborne Kind zur Taufe getragen, daselbst die Knaben und Mädchen in christlichen Dingen unterrichtet, die herangebildeten in die Gemeinschaft der Gemeinde nun als selbständige Glieder und Angehörige aufgenommen, die Ehen geschlossen, die Todtenfeier gehalten.

10) Vgl. darüber Stahl: Die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten. Erlangen 1840. Abſch. III. Kap. 1.

Digitized by Google

In einem weiten Kreise um die Kirche, als ihrem Centrum, dehnt sich die Kirchgemeinde aus. Dieser steht nun in der Kirchenverfassung ein vierfacher Einfluß zu; nämlich auf Zucht, Lehre, Cultus und Besetzung der kirchlichen Aemter, insbesondere des Pfarramts.

a) Zucht. Nach der Ansicht Zwingli's sollte die höchste, kirchliche Strafe, der Kirchenbann, nur der Gemeinde zustehen, verbunden mit ihrem Pfarrer. Eine seiner Thesen auf der ersten Disputation (XXXI.) lautet: „Das den Ban kein besonder mensch gemant „offlegen mag, sunder die Kilch, das ist gemeinsame deren, onder „denen der Bannwirdig whonet, mitt sammt dem wächter, das ist „pfarrer. (XXXII.) Das man allein den bannen mag, der öffent„lich verergeret." Und in der Erläuterung dazu (I. S. 339): „Also hört ein jeder wol, das der bann nit der gebietenden päpsten „noch bischofen ist sunder allein der kilchen, das ist gemeind mit dem „pfarrer; doch daß das endlich urteil der kilchen, das ist gemeind „sye, sust niemands; derglychen ouch das entledigen." Der Pfarrer soll nur vorher warnen vor weiterer Sünde und Aergerniß, wenn aber die Warnung nicht hilft, dann die Sache an die Gemeinde bringen.

Die Lehre wurde auch vom Rathe zu Zürich anerkannt; dessen ungeachtet aber der Kirchenbann seltener von der Gemeinde ausgeübt, als von der Obrigkeit, welche sich auch hier die kirchliche Gewalt beilegte. Zwei Gründe mochten dieses Eingreifen der Obrigkeit vornämlich rechtfertigen; zunächst das Bedürfniß, mit Kraft der weit verbreiteten Unsittlichkeit entgegen zu treten und dieselbe nach gleichen Grundsätzen zu züchtigen, zweitens die Verbindung der kirchlichen Strafe mit der bürgerlichen, welche in den meisten Fällen eintrat und eine auch vom Standpunkte der Strafgerichtsbarkeit aus geleitete Untersuchung voraussetzte und erforderte. Daher wurde schon in Verordnungen des Jahres 1526 denen, welche öffentlich „zu der Uneh sitzen" (im Concubinate leben) oder als Ehebrecher gelten, zugleich der Entzug aller bürgerlichen Ehre und der Kirchenbann (d. h. namentlich Ausschließung vom Abendmal) angedroht, beides als eine Strafe, welche die Obrigkeit verhängen werde, die Obrigkeit, wie sie selbst sich ausspricht, „als eine Christliche Oberkeit, ond anstatt irer gemeinen kylchen." [11])

---

11) Vgl. Bullinger I. S. 37 u. 369 f. f.

Eben darin aber lag das Irrige. Der Kirchenbann, ein ächt christliches Institut, muß einen geistigen Charakter beibehalten, die Verbindung mit bürgerlicher Strafe — im Sinne des katholischen Kirchenrechts nothwendig — verweltlicht und verdirbt dasselbe.

In ausgedehnteren Anwendungen kommt der Kirchenbann vor in Basel nach der Reformationsordnung von 1529, wird aber auch da von dem Pfarrer in Verbindung mit der Gemeinde ausgeübt.

Folgende Stelle gibt darüber nähern Aufschluß: „Aber anderer „sachen halb niemands freuenlich geurteylet, vnd allein die verbant „werden, so durch das wort Gottes verbant sind, dann die selben „schmähen den lyb Christi, als vngesunde vnd dürre glyder. Es „mögend in disem Nachtmal nit gemeinschafft haben die offentliche „abgötterer, zouberer, Gotts lästerer, durchächter des wort Gottes, „vnd der heyligen Sacrament des Touffs vnd des Herren nacht„mals. Auch die so vatter vnd muter schmähen, die vngehorsam „sind Weltlicher oberkeit, vffrürisch, vnd die sich freuenlich widerend „zegeben zehenden, zinß, zolls ꝛc. Die sich in den sachen des glau„bens, mit dem wort Gottes nit wöllen berichten lan, alle todtschlä„ger, vnnd die jren nyd nit abstellen, alle die vß mütwillen kriegen, „hürer, eebrecher, züsuffer vnd brasser, dieb, röuber, wücherer, vnd „die so vnzimblich gewinne, handthier vnd gewerb triben, die nit „zügeben noch zünemen sind, darzü gesunde, starcke bettler, die mit „jrer fulkeit, ein überbürde sind dem nechsten, sampt allen falschen „zungen, vnd vndertrucker der gerechtigkeit.

„Es sollend die Leutpriester und Diacon ein getrew vffsehen „vff alle jre herd haben, vnd so sy yemanden in disen lastern ver„lümbdet vnd begriffen sin vernemend, die sollen sy anfangs brü„derlich warnen vnd straffen. Vnd so aber yemands nach der er„sten vnd andern brüderlichen warnung nit abston, sondern in lastern „offentlich verharren, die gemeyne Gottes ärgern würde, den vnd „die soll man verbannen, vnd von des Herren nachtmal als lang „vßschliessen, biß sy jr leben gebesseret, vnnd das mit newer vnschuld „kuntlich gemacht haben. Vnd wer in einer kilchen, von offentlicher „lastern wegen verbant, soll auch in den andern kilchen von des „Herren nachtmal abgetriben werden"[12]).

12) Bullinger II. S. 93. Vgl. die Bekenntnißschrift Farels v. 1536. für Genf in Henrys Leben Calvins I. S. 173 und die Bedenken

Digitized by Google

Bekanntlich hat dann später Calvin die Bedeutung des Kirchenbanns am schärfsten ausgeprägt und seine Kirchenzucht vornämlich durch denselben gekräftigt [13]). Diese calvinistische Entwicklung aber hier weiter zu verfolgen, würde uns über die natürliche Gränze dieses Aufsatzes hinaus führen.

Für die Verwaltung der Kirchenzucht und der damit enge verbundenen Sittenaufsicht in der Gemeinde diente insbesondere das Institut der Kirchenstillstände (Presbyterien), welche als Ausschüsse und Vorsteher der Kirchgemeinde dem Pfarrer an die Seite traten, und theils mit ihm verbunden in allen mindern Fällen von sich aus verfuhren, theils in wichtigern die Anträge an die Gemeinden vorbereiteten [14]). Dieses Institut verkümmerte später — besonders im 18ten Jahrhunderte — durch das Uebergewicht weltlicher Unterbeamteten in demselben, durch die allmählige Umwandlung einer selbstständig geübten Kirchenzucht in eine bloße Angeberei und Verzeigung bei der weltlichen Strafgerichtsbarkeit, voraus aber durch die Abnahme des kirchlichen Sinnes und die gedankenlose Hingebung auch der kirchlichen Rechte an die Staatsgewalt.

Unsere Zeit leidet noch fortwährend an diesen Uebeln, und wird noch lange daran zu leiden haben; denn die Heilung ist nur durch neue Belebung des kirchlichen Geistes und nicht durch formelle Gesetze möglich.

b) Lehre. Es kann unmöglich einer einzelnen Kirchgemeinde zustehen, die Lehre umzugestalten. Nach reformirten Grundsätzen, und darin behaupten sie gerade rein christlich zu sein, ist die christliche Lehre nicht das Werk menschlicher Wissenschaft, sondern göttlicher Offenbarung. Sie wird nicht erfunden, sie wird gefunden. Eben von allem menschlichen Beiwerk, von Menschensatzungen wollte die Reformation die kirchliche Lehre reinigen und die ursprüngliche Wahrheit wieder unvermischt und unverfälscht ans Licht bringen.

---

der Wittembergischen Theologen v. 1538. bei Richter in der Zeitschrift für deutsches Recht IV. S. 75.

13) Besonders schön ausgebildet finde ich denselben in der Verfassung der reformirten Kirche in Frankreich. Vgl. Henry Leben Calvins II. S. 97 f. f. S. 121 f. f.

14) Vergl. darüber d. d. Wirz hist. Darstellungen der Verordnungen über Kirchen- und Schulwesen in Zürich 1793. Bd. I. S. 146 f. f. Bluntschli, Zürcher Staats- und Rechtsgeschichte II. S. 56.

Digitized by Google

Die Erhaltung der reinen Lehre in der kirchlichen Gemeinschaft ist seit Christus die Aufgabe der christlichen Kirche.

Aber selbst um für diese Aufgabe positiv zu wirken, ist die Gemeinde wenig geeignet. Zwar ist die rechte Einsicht in die kirchliche Lehre nach reformirter Ansicht keineswegs das Vorrecht eines besondern Standes und vielmehr jeder, auch der Laie, an sich fähig und berufen, die göttliche Wahrheit zu erkennen und zu ihrer Verherrlichung und Verbreitung beizutragen, und gewiß dürfen wir insbesondere geistig erleuchteten und wissenschaftlich gebildeten Laien das Recht nicht verkümmern, thätig mitzuwirken, um das christliche Bewußtsein zu läutern und zu heben, wenn wir nicht ein wesentliches Princip der Reformation aufgeben wollen [15]; aber theologische Bildung und Lebensberuf machen doch vorzugsweise den Lehrstand tüchtig und weisen zunächst — nicht ausschließlich — ihn an, die Lehre vor Irrwegen zu bewahren und in ihrer Reinheit herzustellen.

Dagegen negativ wirkt die Gemeinde allerdings auch dafür mit, indem sie berechtigt ist, einer neuen Feststellung der Lehre zu widersprechen, sobald sie dadurch ihr kirchliches Bewußtsein verletzt fühlt. Es zeigt sich dieses Recht praktisch bei Einführung neuer Kirchenbücher (Gesangbücher, Katechismen, Liturgien), welche zwar beschlossen werden, ohne die Gemeinden anzufragen, aber welche einer Gemeinde nicht ohne weiters von oben her aufgedrungen werden können, wenn sie dadurch in ihrer Gewissensruhe und in ihrem Glauben gestört würde. In einem Falle der Art ist es Sache der Gemeinden, derlei Veränderungen abzulehnen und die geeigneten Vorstellungen dagegen zu machen, Sache der Geistlichkeit, sie darüber zu belehren und Sache der Staatsbehörde, mit möglichster Schonung des kirchlichen Bewußtseins zu verfahren. Je weniger es sich hier um formelles und äußeres Recht handelt, sondern um religiöse Ueberzeugung und Glauben, desto weniger ist auch ein äußerer Zwang und eine blos formelle Erledigung dieser Bedenken zulässig. Auf der andern Seite können wir aber selbst von unserm reformirten Standpunkte aus den einzelnen Kirchgemeinden kein unbeschränktes Hinderungsrecht zuerkennen. Ein solches würde sowohl mit der innern Einheit der Kirche und des Glaubens als mit der Nothwendigkeit einer äußern Uebereinstimmung der Lehre innerhalb

15) Vgl. Richter in der Zeitschrift für deutsches Recht IV. S. 18.


Digitized by Google

heit in der Anordnung der Gesänge und Einrichtung von ausgebildeteren Chören, die Zulassung oder Beseitigung der Orgeln, zum Theil auch der Schmuck der Kirchen war den Beschlüssen der Gemeinden in Uebereinstimmung mit dem Pfarrer überlassen. Und es läßt sich nicht bestreiten, daß gerade hier die neuere Zeit wieder Sünden zu sühnen hat, welche die Reformation in unkünstlerischem Eifer sich hat zu Schulden kommen lassen. Aeußere Schranken findet aber auch diese Freiheit hinwieder theils in der Lehre der Kirche, theils in der nothwendigen Uebereinstimmung auch des Cultus in allen wesentlichen Dingen.

d) Auf die Besetzung der Pfarrämter hatten die Gemeinden zur Zeit der Reformation keinen directen Einfluß. Zwar begehrten die Gemeinden von der Landschaft Zürich schon 1525 das Recht: „wenn sich ein Pfarrer nach dem wort Gottes nitt hielte „vnd nach der billigkeit, das sy dann macht vnd gwallt habind ein „sömlichen zu setzen vnd zu entsetzen"; allein der Rath schlug das Begehren ab und behielt sich selber vor, die Pfarrer zu setzen. Wenn dagegen eine Gemeinde sich zu beklagen habe über ihren Pfarrer, so möge sie ihre Beschwerde dem Rathe eröffnen, welcher sodann auf Anhören beider Theile erkennen werde, was nöthig [19]). Das Recht der Gemeinde bestand also nicht darin, den Pfarrer zu wählen, wohl aber Einsprache und Beschwerde zu erheben aus kirchlichen und sittlichen Gründen.

Aehnlich drückt sich die Basler Reformationsordnung aus von 1529: „Hieby wöllend wir gar nit gestatten, das unsere unterthanen zu Statt oder Land ire fürgesetzten priester, die nit in vorernempten oder dergleichen malefitz lastern begriffen, irer ämpterrn „eignen gwalts entsetzen oder vertriben, sonder wann jemandts der„gestalten klag zu haben vermeint, da soll die selbige klag vor den „bestimmten Examinatoribus erörteret, vnd nach verhör des beklag„ten antwort, ergan was billich ist." Und weiter unten: „In die „— Pfarren — werdend wir ye nach gelegenheit Leutpriester, Pre„dicanten, Diacon und Sacristen so der kilchen dienen sollend ver„ordnen."

Aber die Vorsteher und Ausschüsse der Kirchgemeinden die Ehegaumer, Stillständer, Aeltesten wurden doch in älterer

19) Bullinger R.G. 1. S. 268. 274.

Digitized by Google

Zeit von ihr selbst erwählt. Ein Fortschritt im Sinne reformatorischer Principien ist denn die Ausbildung des Wahlrechtes der Gemeinden auch für Pfarrstellen, wie sie sich in den neuesten Verfassungen einzelner reformirter Cantone findet [20]).

B. Der kirchliche Lehrstand, ein ursprünglich kirchliches Institut, nimmt auch in der reformirten Kirchenverfassung eine bedeutende Stellung ein. Zwar kommt ihm weniger eine Gewalt, eine Macht, als vielmehr ein Dienst zu [21]). Aber er ist voraus nicht Diener der Staatsgewalt, sondern Diener Gottes und der Kirche. Seine Thätigkeit ist dem Wesen nach nicht eine staatliche, sondern eine kirchliche; die Lehre, deren Verbreitung ihm obliegt, beruht nicht auf menschlichem Wissen, sondern auf göttlicher Offenbarung; die Sacramente, welche er verwaltet, sind nicht Anordnungen eines weltlichen Gesetzgebers, sondern Stiftungen Christi. Daneben allerdings ist der reformirte Pfarrer in gewissem Sinne auch ein Diener des Staates, insofern nämlich als die äußerliche Bestellung und Unterordnung seines Amtes eingefügt ist in der allgemeinen Staatsordnung, in welcher auch die Kirche ihre äußerliche Einheit findet.

Die verfassungsmäßige Bedeutung des Lehrstandes äußert sich vornämlich in gedoppelter Richtung; einmal indem die kirchlichen Aemter aus ihm besetzt werden, zweitens indem er in der Synode sich versammelt. Von den kirchlichen Aemtern, insbesondere dem vorzüglich wichtigen Pfarramte, haben wir im Zusammenhang mit den Kirchgemeinden theilweise gehandelt. Der Pfarrer bildet mit der Gemeinde vereinigt erst die wahre Kirchgemeinde. Er ist in derselben, wenn auch durchaus nicht der ausschließliche, doch der vorzügliche Träger der Lehre, der Verwalter der Seelsorge. Er ist zwar nicht das Haupt und der Herr der Gemeinde, aber ein wichtiges, vom kirchlichen Gesichtspunkte aus betrachtet, selbstständiges Glied der Gemeinde, mit einer eigenthümlichen Stellung der

20) Verfassung des Cantons Zürich §. 85: „Die Pfarrer und Helfer der Gemeinden werden auf einen Dreiervorschlag des Kirchenrathes aus der Zahl der in das Zürcherische Ministerium aufgenommenen Geistlichen von der Kirchgemeinde erwählt."

21) Erste Helvetische Confession: Ea (potestas ministerialis) *ministerio* quam *imperio* similior est.



Digitized by Google

übrigen Gemeinde gegenüber. Das liegt schon in seinem Amte, welches ihm anvertraut ist, für die Gemeinde und in der Gemeinde die Lehre des Evangeliums zu predigen und die Seelsorge zu verwalten.

Die Bestellung und Bedeutung der Synoden erfordert noch eine nähere Betrachtung. Schon jene ersten großen Versammlungen, die unter dem Namen der Disputationen bekannt sind, waren in gewissem Betracht Synoden. Von 1528 finden wir in Zürich, von 1529 in Basel regelmäßige Synoden sich alljährlich, früher zweimal, später einmal versammeln. Auch in andern reformirten Cantonen kommt das Institut vor [22]).

Es wäre voraus völlig irrig, die Synoden für eine Repräsentation des Volks oder der Kirchgemeinden zu halten. Selbst eine Repräsentation der Kirche im strengen Sinne des Worts ist nach reformirten Grundsätzen geradezu unzulässig. Das zeigt sich auch in ihrer Composition. Den Hauptbestandtheil der Synoden bilden die Geistlichen als solche, als Glieder des kirchlichen Lehrstands. Zunächst allerdings die zu dem Staate gehörigen Geistlichen. Es folgt das zwar nicht aus dem Begriffe der Kirche, wohl aber aus dem Zusammenhang der äußern Kirchenverfassung mit der Staatsverfassung. Dann aber nicht bloß einzelne der mit einem Kirchenamte betrauten Geistlichen, sondern alle, welche in kirchlichen Aemtern stehen und nicht bloß sie, sondern auch die kein wirkliches Amt haben.

Daneben äußert sich der unstaatliche Charakter der Kirche, insofern dieselbe ihrem Wesen nach nicht eingeschlossen ist auf ein Staatsgebiet, wieder darin, daß ohne Bedenken auch andern reformirten Geistlichen anderer Staaten der Zutritt und berathende Stimme gestattet wird.

Aber auch den Laien? Die Natur der christlichen Kirche, welche Alle umfaßt als Kinder Gottes und Glieder seines Reiches, scheint die Beiordnung auch von Laien, wenn nicht zu fordern, doch wünschbar zu machen. Die protestantischen Grundsätze, welche der geistlichen Weihe keine besondere Kraft zugestehen und Geistliche und Weltliche einander näher bringen, scheinen diese Forderung dringen-

22) Bekannt sind zur Zeit der Reformation die Synoden im Thurgau und Toggenburg.

Digitized by Google

der zu machen. Und in der That ist die Zulassung auch von Laien zur Kirchensynode im rechten Verhältniß und in der rechten Weise eine wichtige Aufgabe der nächsten Zukunft unserer Kirche. Aber eben hier kommt es nun darauf an, den rechten Gesichtspunkt zu finden und festzustellen. In den ältesten reformirten Synoden finden wir außer den Geistlichen Mitglieder der Räthe der Synode beigeordnet, aber offenbar nicht als einen weltlichen Zusatz von Laien, sondern vielmehr als Repräsentanten des vom Staate verwalteten äußern Kirchenregiments [23].

In dieser Stellung hat denn auch fortwährend die Obrigkeit einen Antheil an den Synoden genommen. Daneben kommen in älterer Zeit keine Laien als regelmäßige Beisitzer der Synode vor [24]. Nur wurden damals einige Male die Gemeinden aufgefordert, wenn sie Beschwerden gegen ihren Pfarrer zu eröffnen haben, sei es über seine Lehre oder über seinen Lebenswandel, zu diesem Behuf einen oder zwei Abgeordnete zu ernennen, damit diese zur Zeit der Synode, nöthigenfalls wohl selbst vor der Synode, ihre Beschwerden anbringen können. Darin äußerte sich mithin wieder der mehr negative Einfluß der Gemeinden auf die Gestaltung der kirchlichen Verhältnisse, die Reinhaltung der Lehre und die Festhaltung der Zucht.

23) Zürcher Synodalordnung von 1532. In diesem (jährlich oder halbjährlich) Synods söllend zwen Presidenten verordnet werden: einer von den Predicanten, vnd einer von den Rädten. — Wir bittend ouch unsere Herren, das sy uns noch siben Man vß irs Rädten verordniud, die by allen Händlen sitzend, vns beradten vnd beholffen syend. — Wo die acht Radtsfründ ein Handel wie der wäre für vnsere Herren ziehen „wöllend wir gütlich lassen beschähen."

24) Anders war es freilich in der reformirten Kirche Frankreichs, wo die Laien sogar die Mehrheit bildeten. Die Stellung jener Kirche zu dem andersgläubigen Staatsoberhaupt war aber dort eine andere und die Kirchenverfassung wurde nothgedrungen zugleich eine wesentlich politische Verbindung. Ebenso bestanden die reformirten Kreis- und Provincialsynoden in Westphalen und am Rhein schon früher aus einer fast gleichen Zahl von Pfarrern und Aeltesten, und bestehen auch nach der Preußischen Kirchenordnung von 1835 aus Geistlichen und weltlichen Deputirten.



Digitized by Google

Mit Bezug auf die wesentlich positive Wirksamkeit der Synode muß der Lehrstand fortwährend als der eigentliche Kern der Hauptbestandtheil der Versammlung angesehen werden. Die Bedeutung der Synode ist nämlich eine mehrfache, für die Kirchenverfassung sehr wichtige:

1) Die rein kirchliche Gesetzgebung, z. B. Anordnung einer Liturgie, Bestimmung des religiösen Unterrichts u. s. f., beruht wesentlich auf ihrer Berathung. Zwar erläßt der Große Rath das Gesetz in seinem Namen, denn dem allein steht das Recht der Gesetzgebung zu; aber den Inhalt des Gesetzes bestimmt die Synode. Wo daher dieses Verhältniß vollständig und richtig erkannt ist, wie z. B. in der Züricherischen Kirchenverfassung, da kann der Große Rath das von der Synode vorberathene Gesetz annehmen oder verwerfen, aber er darf es nicht ändern, demselben nicht selbst einen andern Inhalt geben.

2) Ueber die nicht rein kirchlichen Gesetze, welche aber auch eine kirchliche Bedeutung haben, steht der Synode das Recht zu, angehört zu werden vor dem Entscheide, das Recht der Begutachtung.

3) Sorge für die kirchliche Zucht, namentlich auch soweit sie Lehre und Leben der Pfarrer betrifft. Zur Zeit, unmittelbar nach der Reformation, die Hauptthätigkeit der Synoden 25), in der Folge theils andern Behörden, insbesondere dem Kirchenrathe (Consistorium) anheim gefallen, theils durch Nichtausübung in Vergessenheit gerathen. Eine Wiederbelebung der kirchlichen Censur, die im äußersten Falle selbst die Absetzung eines Pfarrers verfügte, wäre dem Bedürfnisse und dem Geiste der reformirten Kirche gemäßer, als die neuerlich aufgekommene Ueberweisung der verklagten Pfarrer an die bürgerlichen Gerichte. Diese haben das Recht und den Maß-

25) Die Synodalen schwören nach der Züricher Synodalordnung von 1532: „Das ich das heilig Evangelium vnd Wort Gottes — leeren und predigen, vnd darunder kein Dogma vnd Leer, die zwyflig vnd noch nit vff der Ban vnd erhalten sye, nit ynmischen, sy sye dann zeuor gemeiner ordentlicher Versamlung (der Synode) anzeigt vnd vor derselbigen erhalten." — Ueber die Censur, über das Leben der Geistlichen finden sich in allen Synodalordnungen die ausführlichsten Bestimmungen.

Digitized by Google

stab, bürgerliche Vergehen — auch der Geistlichen zu strafen, aber sie sind der Regel nach völlig ungeeignet, um auf kirchlichem Gebiete und aus kirchlichen Gründen das sittliche Leben und die Lehre eines Beamteten zu würdigen, welcher der Kirche zu dienen berufen worden ist.

4) Einfluß auf die Besetzung der Kirchenämter, in älterer Zeit der Dekane der Capitel, in neuerer Zeit in Zürich auch des Antistes und der geistlichen Mitglieder des Kirchenrathes. Nicht mit Unrecht wird daher die Synode in dem Zürcherischen Kirchenorganisationsgesetz vom 25. Weinmonat 1831 als „oberste „kirchliche Behörde des Cantons bezeichnet, welche die Pflicht hat, „unter der Aufsicht des Staats für das Wohl der Landeskirche zu „sorgen.“ Sie ist in der That das höchste Organ des kirchlichen Gesammtbewußtseins.

Uebersieht man diese Wirksamkeit der Synode, so fällt es in die Augen, daß vorzugsweise der Lehrstand in ihr thätig sein muß, indem er theils die theologische Bildung besitzt, welche voraus nöthig, um den Inhalt jener kirchlichen Gesetze zu bestimmen, theils durch seinen Lebensberuf vorzugsweise auch befähigt wird, die praktische Wirksamkeit derselben für das kirchliche Leben zu beurtheilen, theils auch die Interessen der Kirche vornämlich ihm zur Wahrung anvertraut sind. Jeder Zusatz von Laien darf daher weniger als ein wesentlicher Bestandtheil der Synode, als vielmehr eine wohlthätige Ergänzung derselben, um Einseitigkeit zu vermeiden und mannigfaltige Lebensregung zu unterhalten, angesehen werden. Eben darum kommt es aber auch weniger auf die Zahl, als vielmehr auf die Bedeutung dieser weltlichen Mitglieder für das kirchliche Bedürfniß an, weniger auf ein decisives Stimmrecht derselben, als auf deren Theilnahme an der Berathung.

Das Bedürfniß einer Ergänzung wird regelmäßig ein gedoppeltes sein.

Für's erste, wenn der Ausdruck hier erlaubt ist, ein mehr volksthümliches, freilich nicht in dem Sinne, als ob es sich hier darum handelte, politischen und näher demokratischen [26]) Bestrebungen

26) Die Gefahren einer kirchlichen Demokratie hat Professor Lange in den deutschen Blättern für Protestanten und Katholiken, Heidelb. 1840. S. 3, so schön als wahr folgender Maßen geschildert: „Das

einen neuen Tummelplatz zu eröffnen; ein volksthümliches im Sinne der christlichen Gemeinde. Der Standpunkt der weltlichen Glieder der Gemeinde, des christlichen Volkes ist auch in christlichen und

---

reine Presbyterialsystem, welches im Synodal-System sich kirchlich vollendet, hat sich selten in seiner Idealität rein erhalten. Bisweilen nahm es einen hierarchischen Charakter an, wie z. B. in Genf, in Schottland, öfter noch einen demokratischen, wie in den Rheinlanden, namentlich im Bergischen, ganz besonders in Amerika. In dieser Gestalt neigt es sich oft zum Independenzwesen hin, da jede Gemeine am Ende, ohne Ehrfurcht für den Synodalverband, ohne Beugung unter die Ordnung, die sie selber durch ihre Deputirten mit festgesetzt hat. eine Kirche bilden will für sich, und da jeder kräftige oder anmaßende Mensch in der Gemeine wieder die Neigung hat, als ein Kirchenhaupt, wenigstens als eine unentbehrliche Stütze *) sich geltend zu machen. Durch dieses Ueberschlagen der Presbyterial-Verfassung in's Demokratische wird sie dann oft aus einer Schutzwehr der kirchlichen Freiheit zu einem schweren Druck und Bann für dieselbe, namentlich für den Geist der Erneuerung der alten Formen, für den kirchlichen Fortschritt. Weil die numerische Majorität das Uebergewicht erlangt über die ideale, so entstehen die gefährlichsten Stockungen und Stabilismen in der Entwickelung des Lebens. In den Gemeinen, welche diese demokratische Fassung am entschiedensten gewonnen haben, ist kaum eine wesentliche Verbesserung durchzusetzen, welche über Reparaturen, Orgelbau und dergleichen hinausgeht. Die Einführung eines neuen Gesangbuchs, und wenn es zehnmal besser wäre als das alte, ist in manchen demokratischen Gemeinen eine Unmöglichkeit. Die Geistlichen solcher Gemeinen gerathen unvermerkt in eine Abhängigkeit von der schlimmsten Art; sie verlieren ihre Lehrfreiheit, und werden von den beschränktesten dogmatischen Vorstellungen in ihren Gemeinen beherrscht. Sie predigen am Ende nur, was den Gemeinen gefällt, und verkennen es, daß der christliche Lehrer um Christi willen sich auch dem Vorwurf der Heterodoxie muß aussetzen können, so wie Petrus diesem Vorwurf bei den Judenchristen verfiel, als er bei dem Heiden Cornelius eingegangen war. Da ist denn die umgestürzte Pyramide voll-

---

*) Einerseits solche, anderseits die besten Gemeindeglieder werden in der bergischen Volkssprache Stippel genannt.

Digitized by Google

kirchlichen Dingen nicht völlig gleich dem Standpunkte ihrer Pfarrer, seiner Führer. Eine Gefahr, in welche die einseitige, unergänzte Versammlung der Geistlichen um so leichter hinein geräth, je unvermerkter das wahre Standesgefühl sich in geistlichen Hochmuth behaglich hinüberschaukelt, ist die, daß der Gesichtskreis der Gemeinde zusammen schrumpfe in den subjectiven des Pfarrers und eben um dieser Verengung und Beschränkung willen entweder hierarchisch oder bornirt pfäffisch werde. Ein Zusatz von Laien, welche, ohne gelehrte Bildung zu besitzen, praktische Lebenserfahrung haben und ein warmes Interesse an kirchlichen Dingen als Weltliche nehmen, dürfte die Gefahr jener Einseitigkeit vermindern.

Er hat aber noch eine andere, vielleicht wichtigere Bedeutung. Es ist nichts weniger als undenkbar, daß die Geistlichkeit eines Landes, auf dem Strome des wissenschaftlichen Bildungsganges dahin fahrend, ohne zu wissen, von wo er kommt, wohin er sich ergießt, eine Zeit lang weggetrieben wird aus dem Reiche des christlichen Glaubens und in Zwiespalt geräth mit dem Geiste der Kirche.

Das Volk aber pflegt gegen die Verheißungen auch der Wissenschaft mißtrauischer zu sein und fester an dem religiösen Bewußtsein zu halten, welches ihm in schweren Stunden des Lebens zumal tröstend, erhebend, beseligend sich kund gegeben hat; es ist Neuerungen abgeneigt, welche es in seiner Sicherheit zu stören drohen. Hat es demnach auch in der Synode ein Organ, welches aus ihm hervorgegangen, mit ihm verbunden seine Stimme warnend erhebt und auf den praktischen Gesichtspunkt hinweist: so wird es auch der

---

ständig da: die auserlesenen, die berufenen, die amtlich verordneten Führer und Lehrer werden in ihren Predigten, wenn auch mit Feuer und formeller Begeisterung, mehr oder weniger Liturgen des Gemeindegefühls, der stagnirenden, in formirten Satzungen ersterbenden Ueberzeugungen und Vorstellungen der Gemeine. Die ganze Predigt wird zu einer Liturgie, zu einer ewigen Wiederholung des Bekannten, in der Gemeinde Ausgemachten, ohne alle Ahnung von Fortschritt, von Entwickelung, von schmerzensvoller Steigerung und Läuterung des Lebens, wobei die Lehrer kämpfend voranzugehen und sich dem Schmerz der Verkennung von Seiten der Beschränkten und Arroganten, die aber gewöhnlich Eins sind, mit Selbstverläugnung zu unterziehen hätten."

Digitized by Google

Geistlichkeit um so leichter, sich vor Abwegen zu hüten, oder, wo Abschaffung von Mißbräuchen oder positive Wiederbelebung gesunder Ideen oder Ausbildung wohlthätiger Institutionen versucht wird, die rechte Vermittlung mit der Anschauung des Volkes zu treffen. In diesem Sinne wäre wohl da, wo sich, wie im Canton Zürich, Bezirks-Kirchenpflegen finden, auch den weltlichen Mitgliedern derselben unbedenklich der Zutritt zur Synode zu eröffnen.

Bei diesem mehr volksthümlichen Bestandtheile eines weltlichen Zusatzes dürfen wir aber nicht stehen bleiben. Die Kirche ist ein geistiges Reich; die reformirte Kirche ist ihrem Wesen nach genöthigt, geistige Kräfte, insofern sie zugleich auch vom Christenthum durchdrungen sind, herbei zu ziehen, und sich anzueignen, auch wenn sie sich unter den Laien finden. Während jener oben bezeichnete weltliche Bestandtheil mehr eine negative und hemmende Bedeutung hat, so ist hier das Bedürfniß einer positiven und fördernden Erweiterung und Befruchtung durch höher gebildete Männer *gegeben*, welche, nicht zu dem geistlichen Stande gehörig, dennoch an geistiger Bildung nicht unter, sondern neben den Geistlichen stehen, sich deßhalb eher frei halten von ständischer Beschränktheit und geeignet sind, die kirchliche Anschauungsweise mit der Denkungsweise der Gebildeten zu vermitteln. Da kommt es denn voraus darauf an, in der Wahl solcher Männer zweierlei zu berücksichtigen, theils *einen höhern* Grad von geistiger Bildung, welcher sie insofern den Geistlichen an die Seite stellt, theils ein inneres Interesse an dem Gedeihen der Kirche. Wäre letzteres vorhanden ohne die erstere, so würde der Zweck dieses Bestandtheiles — der ein Organ weltlicher Intelligenz sein soll — verfehlt. Fände sich jene ohne dieses, so käme in die Synode ein fremdartiges Element, welches geeignet wäre, Streit, Hader und Auflösung zu bringen, nicht aber, ein kirchliches Institut in seinem gesunden Leben zu fördern. Es wird somit in der Wahlform dafür Sorge getragen werden müssen, daß beides zugleich beachtet werde.

Also verstärkt und ergänzt kann die Synode der reformirten Kirche wiederum diejenige Stellung in der Kirchenverfassung einnehmen, welche ihr gebührt.

---

Digitized by Google

# IV.

## Das gesetzliche Erbrecht der Basler Gerichtsordnung vom Jahre 1719.

Von

Professor Wunderlich zu Basel [1]).

Der Wunsch, daß es der Wissenschaft und der klaren, bewußten Auffassungsweise, zu welcher sie befähigen soll, gelingen möge, das viele Ehrwürdige und Gute des bisherigen Rechtszustandes zu erkennen und mit Liebe zu beschützen und zu pflegen, hat den gegenwärtigen Aufsatz veranlaßt: nicht ohne Bedenklichkeiten. Weniger um deswillen, weil der Verf. es nicht liebt, sich Dingen zu widmen, zu welchen er nicht berufen ist. Denn ein Anderes ist der Beruf zum Lehramt [2]), ein Anderes der Beruf zu wissenschaftlichen Untersuchungen. Sondern aus einem andern Grunde. Das ernste Studium eines jeden Rechtszustandes führt bald zu der Einsicht, daß selbst mit einem mehrmaligen genauen Durchgehen der Rechtsquellen die Arbeit keineswegs beendet ist. Wer Jahre lang unter der Herrschaft eines Rechtsbuchs praktisch gearbeitet und gedacht hat,

---

1) Der obige Aufsatz ist ein Vortrag, welchen der Verfasser im Winter 18³⁹/40 in der juristischen Gesellschaft zu Basel gehalten hat. Nach Abfassung deßelben kam dem Verf. eine denselben Gegenstand behandelnde Schrift zu Gesicht: Christophi Burcardi Diss. Collationem juris Romani et Basileensis circa successionem ab intestato continens, Basileae 1717. 4. Sie bot aber keinen Stoff weder zu Abänderungen noch Zusätzen.

2) Die Professur des vaterländischen Rechts bekleidet in Basel Herr Professor Joannes Schnell.

Digitized by Google

vor dessen Auge belebt sich das Ganze allmählig zu einem vollendeten Bilde, dessen Produktion selbst dem redlichsten Fleiß unmöglich wird, weil es an dem belebenden Element, der praktischen Erfahrung, gebricht.

Es bietet aber der vorliegende Stoff noch einen zweiten Gesichtspunkt der Behandlung dar, darzulegen die Rechtselemente, aus denen das Intestaterbrecht der Basler Gerichtsordnung hervorgegangen ist. Auch ist diese Arbeit keineswegs etwa schon geliefert. Denn wie wichtig auch immer die Entdeckung genannt werden mag, daß die Gerichtsordnung aus zwei Bestandtheilen, dem alten Basler Recht und dem dritten württembergischen Landrecht (1610) zusammengesetzt sei [3]), so ist doch dadurch die Aufgabe noch keineswegs gelöst. Weder das Basler noch das württembergische Recht hatten selbstständigen Ursprung und Entwickelung. Beide sind Abkömmlinge altgermanischer und römischer Institutionen, und beide genoßen im Allgemeinen dieselbe Fortbildung, wie andere deutsche Partikularrechte. Die Lösung ist mithin nur in der Weise möglich, daß nach Entwickelung der einschlagenden römischen und deutschen Grundprincipien die Art und Weise untersucht wird, wie beide in dem Basler Recht sich gegenseitig durchdrungen haben. Abgesehen von dem wissenschaftlichen Interesse einer derartigen Analyse, so ist dieselbe in sofern zugleich von praktischer Bedeutung, als sie den einzigen sichern Weg für eine umfassende Erkenntniß der bestehenden Zustände liefert, und damit zugleich die wahre Grundlage für eine umsichtige Weiterbildung des Rechts.

## §. 1. Römisches Recht.

Wenden wir uns also zunächst zu den römischen Grundsätzen der Intestaterbfolge: eine Skizze, welche, auf den vorliegenden Zweck berechnet, das Erbrecht auf dem Grund des Patronats und andere Antiquitäten natürlich unberührt läßt.

Die gesetzliche Erbfolge beruhte bei den Römern ursprünglich auf der strengen Unterwürfigkeit unter die Familiengewalt und der Gemeinschaft der sacra. Sui, agnati und gentiles waren die drei

---

3) Sie findet sich zuerst ausgesprochen in der tüchtigen Schrift von Emil Remigius Frey: Die Quellen des Basler Stadtrechts. Basel, 1830. 8.


Digitized by Google

Erbordnungen, in denen sich diese Ansicht aussprach. Der Kampf des Patriciats mit der Plebs erschütterte die Grundsätze des alten Sacralrechts; der Fortschritt Roms zur Weltherrschaft, und die dadurch vermittelte Möglichkeit der Einführung aller fremden Culte vernichteten es. Mit den Grundsätzen fielen die Folgen, und gegen das Ende der Republik gab es keine gentiles mehr. Aber auch in den beiden ersten Classen mußten die schroffen Normen des alten Rechtes der fortschreitenden Rechtsentwickelung weichen. Drei Punkte waren es, wodurch dasselbe vielfach theils hart, theils unpraktisch erscheinen mußte:

1) Der Ausschluß einer Folge der einzelnen Classen und in ihnen der Grade. Das Vorhandensein des Früherberechtigten bewirkte die Unmöglichkeit des Eintritts für alle Folgenden, und mit dem Ausfall derselben die Existenz einer vacanten Portion.

2) Der durch die Jurisprudenz eingeführte Ausschluß aller Personen weiblichen Geschlechts nach der durch väterliches Band verwandten Schwester entsprach zwar dem Egoismus eines kriegerischen Volksstamms, nicht aber den Anforderungen der Rechtsgleichheit beider Geschlechter, zu welcher die fortschreitende Civilisation führt. Vor Allem aber

3) mußte das System mit den Ansprüchen in Streit gerathen, welche die natürliche Blutsverwandtschaft auf das Recht der J. E. F. hat. Nur der war berechtigt, welcher entweder unmittelbar der väterlichen Gewalt des Verstorbenen unterworfen war, oder es mit diesem gewesen wäre, wenn der gemeinsame Stammvater noch gelebt hätte. Niemand hatte also ein Recht, welcher nur durch die Mutter verwandt, niemand, der durch Emancipation aus der Familiengewalt geschieden war, nicht einmal die Mutter selbst, wenn sie nicht durch strenge Ehe verbunden als Schwester galt, nicht die leiblichen Kinder des Verstorbenen, zwischen denen und der Habe des Vaters durch die Entlassung aus der Gewalt eine unumstößliche Scheidewand gezogen war. Dagegen mochten fremde Personen in die Verlassenschaft eintreten, bei denen die Verwandtschaft durch Mannstamm auf einer rechtlichen Fiction beruhte: es gab sui und Agnaten durch Adoption und Arrogation.

Das römische Privatrecht hat seine welthistorische Größe dadurch erhalten, daß seine Entwickelung nicht durch Revolutionen, sondern auf dem Wege organischer Reform erfolgt ist. Das vorzüglichste

Digitized by Google

Mittel dieser Fortbildung war bekanntlich das prätorische Edict. Festhaltend an dem Alten, ergänzend und erweiternd schritt der Prätor nur dann zur Aufhebung, wenn ein Institut sich gänzlich überlebt hatte. Ein deutliches Beispiel dieser Verfahrungsweise bietet uns das gesetzliche Erbrecht dar. Jene Mängel der civilen Erbfolge wurden dadurch gehoben, daß der Prätor durch Ertheilung einer eigenthümlichen Erbschaftsklage eine Erbfolge-Ordnung entwickelte, in welcher das ganze civilrechtliche System eigenthümlich modificirt wieder hervortritt.

In der ersten Ordnung berief er die sui: neben ihnen aber auch die Emancipirten, unter der Bedingung der Collation.

In der zweiten die Agnaten des alten Civilrechts.

In der dritten sämtliche Cognaten bis zu den Abkömmlingen der Andergeschwisterkinder, also bis zum 7. Grade römischer Computation.

In dem vierten endlich die überlebende Ehehälfte.

Daneben führte er durchgehends eine Folge der Ordnungen und in der 1. und 3. sogar eine der Grade ein, welche zwar in der 2., die gänzlich dem alten Civilrecht entnommen war, unterblieb, jedoch dadurch indirekt herbeigeführt ward, daß es jedem in der frühern Classe Berufenen gestattet war, wenn die Reihe an die spätern kam, hier vor den übrigen Berufenen die prätorische Erbfolge zu agnosciren.

War nun auf diese Weise das Recht der Cognaten zur Anerkennung gelangt, so fehlte doch noch viel an einer vollständigen. So verschaffte z. B. der allmälig ausschließliche Gebrauch der freien Ehe für Mutter und Kinder gegenseits nur ein Successionsrecht in der 3. Ordnung u. a. mehr. An einen Stillstand der Legislation war also nicht zu denken; doch hatten sich, nicht zum Vortheil für die organische Rechtsbildung, die Organe derselben geändert. Neben dem prätorischen Edict wirkte die gesetzgebende Gewalt des Senats, später die der kaiserlichen Constitutionen, und diese zuletzt ausschließlich auf die Fortbildung des cognatischen Erbrechts, und von dem Tertullianischen und dem Orphitianischen Senatusconsult, wodurch das Erbrecht der Mutter in den Nachlaß ihrer Kinder und dieser in die Verlassenschaft der ersteren neu normirt ward, bis zu den Verordnungen des Kaisers Justinian ist das Intestaterbrecht durch eine große Reihe legislativer Experimente hindurchgegangen,

Digitized by Google

welche insgesamt das Endresultat vorbereiteten, welches Nov. 118 in vollem Umfang aussprach: die vollkommene Aufhebung des Unterschieds zwischen Agnation und Cognation.

Daneben hatte einerseits das Recht der blos bürgerlichen Verwandtschaft, welches noch fortwährend ein unter den Contrahenten und deren Agnaten für die Dauer des Verhältnisses im Allgemeinen gegenseitiges Erbrecht hervorbrachte, durch Justinians Einführung des Unterschieds zwischen voller und mindervoller Adoption eine bedeutende Modification erlitten. Anderseits dagegen waren die Rechte unehelicher Kinder allmählig zu einer größern Anerkennung gelangt. In der ältesten Zeit müssen sie ganz erbunfähig gewesen sein: denn auch zur leiblichen Mutter standen sie nicht im Agnationsverhältniß. Nach dem prätorischen Edict erbten sie den mütterlichen Stamm in der 3ten Classe, und haben sodann die Veränderungen erlebt, wodurch sich das cognatische Erbrecht überhaupt mehr Anerkennung verschaffte. Wichtig waren für eine Classe derselben, die Concubinenkinder, die seit Constantin aufkommenden Arten, der Rechte der ehelichen, mithin auch des Erbrechts in dem Nachlaß des Vaters theilhaftig zu werden. Endlich hat Justinian auch außer diesen Fällen denselben ein beschränktes eigenes Erbrecht ertheilt. Die gegenseitigen Rechte der Ehegatten endlich haben, mit Ausnahme der Justinianischen Bestimmungen des Erbfolgerechts der armen Wittwe, keine weitere Ausbildung im R.R. erhalten. Und so ergiebt sich denn für das Justinianische Intestaterbrecht folgendes System, welches offenbar als Grundlage der Satzungen der Basler Gerichtsordnung zu betrachten ist:

Das Recht der Intestaterbfolge beruht entweder auf der Blutsfreundschaft oder speciellen Rechtsgründen. Die erstere zerfällt zu dem Ende in vier Ordnungen: durchweg gilt Folge derselben, so wie in ihnen Folge der Grade.

In der ersten Classe sind berechtigt die Descendenten: sui und Emancipirte, Männer und Weiber ersten oder entfernter Grade, ehelich geborene und legitimirte durch Ehe oder Rescript. Arrogation und volle Adoption giebt nur ein Recht der Succession in den Nachlaß des Adoptivvaters, nicht in den der Ehefrau, schadet jedoch nicht mehr der Succession in die Verlassenschaft beider natürlichen Eltern. Zugebrachte Kinder beerben natürlich die Stiefeltern nicht, mindervoll Adoptirte nur den Adoptivvater oder die adoptirende Frau: sie selbst

Digitized by Google

haben kein Successionsrecht gegen deren Verwandte, eben so wenig ihre Kinder in den Nachlaß des Adoptivaters oder der adoptirenden Frau: Sätze, die in Betreff der letztern gerne gewöhnlich angenommen werden, nach den Gesetzesworten [4]) aber nicht ohne Bedenken sind. Die außereheliche Geburt giebt nur ein Recht in den Nachlaß der Mutter und deren Ascendenz mit gleicher Beschränkung. Concubinenkinder ersten Grades endlich beerben den Vater mit ihrer Mutter zu 1/6, ohne sie zu 1/12, wenn derselbe weder eheliche Kinder, noch eine Gattin hat. Kinder ersten Grades erben nach Kopf-, die entferntern Grade nach Stamm-Theilen. Letztere gelangen nur dann zur Perception, wenn sie unmittelbare Descendenten geworden sind.

In der **zweiten** Klasse stehen Ascendenten, vollbürtige Geschwister, deren Söhne und Töchter.

Ascendenten erster und entfernter Grade, Männer und Weiber, Agnaten und Cognaten: selbst der natürliche Vater während der Dauer der vollen Adoption. Die letztere und die Arrogation ertheilen auch entfernten Ascendenten ein Erbfolgerecht, allen jedoch mit der Beschränkung, daß der Arrogirte die Jahre der Unmündigkeit zurückgelegt haben muß. Bei der mindervollen hat nicht einmal der Adoptirende selbst sein Erbfolgerecht: was jedoch bei einer Frau und deren Ascendenz nicht ohne Zweifel ist [5]). Bei außerehelicher Geburt wird der Grundsatz, daß die Paternität bei der Erbfolge legitim sein müsse, die Maternität aber illegitim sein könne, consequent durchgeführt.

Vollbürtige Geschwister, d. h. solche, die von demselben Vater und derselben Mutter abstammen. Ausgeschlossen sind daher adoptiv- und uneheliche Kinder.

Vollbürtige Geschwister, Söhne und Töchter, wobei jedoch der Unterschied hervortritt, daß unter den Kindern eines Bruders auch die volle Adoption, unter denen einer Schwester auch die außereheliche Geburt Erbfolgerechte verleiht.

Unter den Ascendenten gewährt die Nähe des Grades einen absoluten Vorzug vor den entfernteren, diese mögen die eigenen Ascendenten sein oder nicht. Dagegen werden vollbürtige Geschwi-

4) l. 5. C. de adoptionibus 8, 48.

5) Vgl. das Gesetz der vorigen Note.

Digitized by Google

ster-Kinder jetzt nach Nov. 127 nur noch durch die Eltern ausgeschlossen: nach Nov. 48 auch durch das Vorhandensein von Ascendenten. Der Fall, wo diese nur mit ihren Enkeln concurriren, ist in Nov. 127 nicht besonders hervorgehoben, jedoch nach Analogie dessen, wo daneben Oheime oder Tanten vorhanden sind, jedenfalls nach der Praxis, zu beurtheilen.

Bei der Vertheilung sind sieben Fälle möglich:

a) Ascendenten ersten Grades bekommen Kopftheile: in gleicher Weise die entfernteren Grade, jedoch so, daß erforderlichenfalls zuvor die Hälfte der Verlassenschaft der väterlichen, die Hälfte der mütterlichen Seite zugetheilt worden ist.

b) Vollbürtige Geschwister theilen nach Köpfen.

c) Vollbürtige Geschwister und Ascendenten, gleichgültig welchen Grads, ebenso.

d) Vollbürtige Geschwister und Kinder vollbürtiger Geschwister nach Stämmen.

e) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vollbürtiger Geschwister-Kinder, die letzten nach Stämmen, erstere nach Köpfen.

f) Ascendenten und vollbürtiger Geschwister Kinder ebenso.

g) Vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter, welche von einem Ascendenten abstammen, erben nach Köpfen: wenn von mehreren, so müßte nach Analogie des 4. und 5. Falles die Stammtheilung eintreten. Dieser Ansicht folgte schon der Glossator Accursius: Azo dagegen, unter Berücksichtigung durch die Novelle nicht ausdrücklich aufgehobener Grundsätze des älteren R.R., entschied für Kopftheilung, und diese Meinung ist durch R.A. 1529. §. 31 für die richtige erklärt, wohl nicht ohne Einfluß germanischer Rechtsansicht. Gleichgültig ist für das Princip der Theilung die Coexistenz halbbürtiger Geschwister, der Söhne und Töchter von solchen, und des Oheims oder der Tante des Verstorbenen: doch bedingt ist sie natürlich durch die Voraussetzung, daß im Augenblick der Dotation die, wenn gleich nachher wegfallende, Concurrenz eines Ascendenten oder vollbürtigen Geschwisters des Verstorbenen nicht vorhanden sei.

In der dritten Klasse folgen halbbürtige Geschwister, deren Söhne und Töchter.

Digitized by Google

Zu den erstern gehören natürlich auch die voll Adoptirten, so wie die außerehelichen Halbgeschwister von der Mutter her, bei den letztern gilt eine gleiche Bemerkung, wie in der zweiten Klasse. Auch das Verhältniß dieser Personen zu einander ist ebenso wie bei vollbürtigen Geschwistern und deren Söhnen und Töchtern. Vertheilt wird die Erbschaft unter Halbgeschwistern, und unter Söhnen und Töchtern derselben nach Köpfen, wobei im letzten Fall dieselben Zweifel entstanden, deren in der 2ten Klasse erwähnt wurde: im Fall der Concurrenz von beiden nach Stammtheilen. Auch hat man in dieser Klasse aus einer Stelle des Codex [6]) das in deutschen Statuten vorkommende Recht des Schoßfalls ableiten wollen, deren Voraussetzungen jedoch mit dem in Nov. 48. c. 4 ausgesprochene Princip, daß bei keinem Successionsfall der Umstand, ob Jemand mit dem Verstorbenen durch einen Mann oder eine Frau verwandt sei, einen Unterschied machen solle, im Widerspruch stehen, weshalb das ganze Gesetz als aufgehoben zu betrachten, und die Frage, aus welcher Quelle das Vermögen des Verstorbenen geflossen, für die Vertheilung in dieser Klasse ohne Bedeutung ist.

In der vierten Klasse erben die übrigen Verwandten, welche bisher nicht genannt sind, nach der Nähe des Grades. Volle und halbe Geburt macht hier keinen Unterschied, weshalb auch Arrogirte und voll Adoptirte hieher gehören: außereheliche aber nur in der Familie der Mutter. Die Gradesnähe gewährt hier einen absoluten Vorzug, und gleich nahe Verwandte bekommen Kopftheile, ohne daß in dieser Klasse ein mehrfaches Band einen Anspruch auf mehrere Portionen ertheilte.

Auf speciellen Rechtsgründen beruht:

1) das Erbrecht der dürftigen Wittwe in den Nachlaß des wohlhabenden Mannes. Sie erhält als Erbin ein Kopftheil, wenn sie mit vier oder mehr Kindern concurrirt: sonst ein Viertheil der Masse, nie aber über hundert Pfund Goldes. Dasselbe wohl um so mehr, und jedenfalls nach der Praxis, im Fall der Concurrenz mit andern Halbberechtigten. Sind diese die eigenen Kinder, so fehlt ihr das Recht, den Antheil zu veräußern, in welchen über dem Alles einzurechnen, was ihr aus irgend einem Grunde aus des Mannes Nachlaß zu Theil wird.

6) l. 13. C. de legitimis heredibus 6, 58.

Digitized by Google

2) Die überlebende Ehehälfte beerbt die verstorbene beim Abgang anderer Verwandten, eine Bestimmung, welche aus dem prätorischen Recht übrig geblieben ist.

3) Mehrere Corporationen haben dasselbe Recht, wenn einer ihrer Angehörigen stirbt. Von den hieher gezählten Personen sind nur noch praktisch:

a) das Recht des Regiments bei Soldaten,
b) das Recht der Kirche bei Geistlichen, welches letztere auf Armenhäuser im Verhältniß ihrer Beneficianten durch die Praxis ausgedehnt wird.

4) Der Fiscus.

## §. 2. Deutsches Recht.

Anlangend dagegen die Grundsätze des deutschen Rechtes über Intestaterbfolge, so bedarf es für den vorliegenden Zweck keiner vollständigen Entwickelung des Systems; eine Andeutung der Hauptmomente, welche noch gegenwärtig in Partikularrechten vorzukommen pflegen, genügt. Das Successionsrecht und die Successionsordnung sind hier von einander zu trennen.

Das Recht der Schwerdtmagen in Grundstücke, beim Lehen ausschließlich, beim Allod dagegen vor den Spillmagen, und zwar entweder absolut oder so, daß der Vorzug sich nur auf die Descendenz oder auch auf Eltern und Geschwister erstreckte, zu succediren, hat sich heutzutage nur beim Lehen, bei den Stammgütern des Adels, bei Bauergütern und bei Fideicommißgütern in Folge besonderer Disposition erhalten: und so ist denn auch in dem jetzigen Basler Rechtszustand keine Spur davon übrig geblieben. Möglich ist es, daß ein Rathsbeschluß von 1362, wornach im elterlichen Nachlaß befindliche Immobilen jenseits des Rheins den Söhnen und nicht den Töchtern zufallen, sich hieraus erklären läßt [7].

Dagegen finden sich von dem Heergeräthe, als dem Inbegriff derjenigen Mobilien in dem Nachlaß eines Mannes, welche zur Rüstung gehören, in welche der Mannsstamm, und der Gerade, oder der Mobilien, welche vorzugsweise Gegenstand des Gebrauchs und der Pflege des Weibes sind, in welche die Weiber, und zwar theils die Frau bei dem Tode des Mannes (Frauengerade), theils die

7) Frey §. 11.



Digitized by Google

nächsten weiblichen Verwandten bei dem Tode eines jeden Weibes (Niftelgerade) succedirten, noch Ueberbleibsel in der Gerichtsordnung §. 592, wiewohl nicht in der ursprünglichen Reinheit, welche sich anderwärts behauptet hat.

Die Ansicht aber, daß das Erbrecht der Seitenverwandten in einem gewissen Gräde, dem 4. 5. 6 oder 7 deutscher Computation, erlösche, und welche darauf beruht, daß die Verwandtschaft im juristischen Sinn überhaupt nur so weit reiche, ist in Basel unbekannt.

Dasselbe gilt von dem sog. Fallrecht, einer schon in älterer Zeit nur partikularrechtlichen Erscheinung, daß bei der Succession der Ascendenten oder Seitenverwandten die von väterlicher Seite ererbten Immobilien an die väterlichen Verwandten, die von mütterlicher Seite an die mütterlichen fallen sollen. Dasselbe wird sogar ausdrücklich verworfen: §. 598. „ohne Unterscheid, woher gleich solche Güter gekommen": §. 600. „auch des Unterscheids, ob die Güter auf den Verstorbenen von Vätter- oder Mütterlicher Linien hero *gefallen* seyn, nicht geachtet werden."

Von Bedeutung dagegen sind für die Basler Zustände die Grundsätze des ältern deutschen Rechts über uneheliche Kinder. Diese gehörten nicht allein nicht zu der Familie des Vaters, sondern auch nicht zu der der Mutter, und beerbten mithin beide und beider Verwandten nicht, wurden aber auch der Regel nach *nicht von ihnen* beerbt. Ihr Nachlaß fiel beim Abgang eigener Descendenten vermöge des Bastardrechtes an den Fiscus, wie solches auch §. 443. der G.O. anerkannt ist, wo ihnen die Befugniß zu testiren abgesprochen wird. Heutzutage aber bildet der Grundsatz, daß im Verhältniß zur Mutter und deren Verwandten die unehelichen Kinder den ehelichen gleich stehen, die Regel: doch beerben sie hie und da, und auch hier noch jetzt, die letzteren nur bedingungsweise [8]). Andererseits hat der römische Grundsatz über liberi naturales, auf alle unehelichen Kinder ausgedehnt, den letzteren ein Erbrecht in dem Nachlaß des Vaters in der Art, wie die ersteren es hatten, verschafft. Eine constante Praxis scheint jedoch hierüber nicht vorhanden zu sein.

Unbekannt waren endlich dem älteren deutschen Recht die Institute der Legitimation und Adoption. Die Legitimation durch nach-

8) Ehe-G.O. §. 91. Ges. vom 10. Dez. 1809.

Digitized by Google

folgende Heirath giebt jedoch jetzt wohl überall den Mantelkindern die Rechte der ehelichen. Doch finden sich hie und da Ausnahmen in Betreff des Successionsrechts in Lehen und des Erstgeburtsrechts, so wie bei dem hohen Adel, welcher in diesem Punkte dem alten deutschen Rechte ganz treu geblieben ist. Dagegen hat die Legitimation durch Rescript nirgends die vollständige Wirkung des römischen Rechtes. Das deutsche Recht geht vielmehr von der Ansicht aus, daß dieselbe dem Kinde keine Successionsrechte ertheilen kann, welche der Vater einem extraneus nicht willkührlich zuwenden darf. Diese Idee zeigt sich überall darin, daß der Legitimirte ausgeschlossen ist von der Succession in Lehen-, Stamm- und Fideicommißgüter. Auch verfolgen einige Rechte dieselbe noch weiter in der Art, daß die Legitimirten überhaupt nur mit dem Vater, nicht auch mit dessen Verwandten in ein gegenseitiges Successionsrecht treten, und bei Berechnung des Pflichttheils der ehelichen Kinder die Legitimirten nicht mitgezählt werden. Ebenso hat die Adoption nach derselben Grundansicht dieselben oder ähnlich beschränkte Wirkungen, wie die Legitimation durch Rescript.

So viel über das Successionsrecht. Die Successionsordnung des älteren deutschen Rechtes richtete sich nach zwei Principien:

1) Nach der Nähe der Parentel. Unter Linie oder Stamm verstand man die gesammte Descendenz eines Stammvaters. Die nächste Parentel ist daher die des Erblassers: die zweite die seines Vaters und seiner Mutter u. s. f.

2) In der nächsten Parentel entscheidet die Nähe des Grades. Die Berechnung der Gradesnähe konnte daher nach diesem System immer nur in Bezug auf eine bestimmte Parentel geschehen, und wurde daher nur nach der Entfernung des Erbprätendenten vom Stammvater der Parentel berechnet. Von diesem Vorzug des nächsten Grades wich das älteste Recht wohl niemals ab, namentlich kannte es das sog. Repräsentationsrecht nicht. Das der Descendenten wurde jedoch schon vor der Reception des fremden Rechtes üblich. Ebenso scheint der Vorzug der vollen Geburt vor der halben nie allgemein gewesen zu sein. Ist nun gleich diese Successionsordnung, abgesehen von dem Lehenrecht, durch die römische Erbfolge im Ganzen verdrängt worden, so hat sich doch Einzelnes hie und da, meistens modificirt, erhalten. Dahin gehört der Vorzug der Eltern vor den Geschwistern, welcher oftmals im Widerspruch mit



Digitized by Google

dem altdeutschen Princip auf entfernte Ascendenten ausgedehnt worden ist. Ebenso der Ausschluß des Repräsentationsrechtes in der Seitenlinie u. a. Inwiefern nun das Basler Recht derartige Modifikationen enthalte, und worin dieselben bestehen, wird sogleich bei der systematischen Darstellung desselben näher entwickelt werden.

## §. 3. Basler Recht.

Ausgeschieden bleiben von der gegenwärtigen Darstellung:

1) Die Lehre von der Ausweisung des überlebenden Ehegatten vermöge Eheberedung oder Stadtrechts [9]).

2) Die Lehre von der Collation. Tit. 2.

3) Die Lehre von Sparhäfen und Donationen zum voraus. Tit. 3. §. 593. 594.

4) Die Lehre von Verwandtschaftsgraden Tit. 7, indem dieselben, wenn gleich mit dem vorliegenden Thema mehr oder weniger verwandt, und daher im 4ten Theil der G.O. abgehandelt, doch andern Rechtsmaterien zugewiesen werden.

Unsere Deduktion hat sich nur mit der Beantwortung folgender drei Fragen zu beschäftigen:

1) Wer hat ein Recht zu succediren?

2) In welcher Ordnung wird succedirt?

3) Wie wird die Erbschaft getheilt?

Das Successionsrecht beruht, abgesehen von den wenigen Fällen des letzten Titels der Gerichtsordnung, welche man nach neuerer Terminologie mit dem Namen der außerordentlichen Erbfolge bezeichnen würde, auf der Cognation. Dieselbe ist eine leibliche oder eine juristische. Diese letztere aber ist wesentlich verschieden von der, welche das R.R. kennt. Denn in den Quellen des Basler Rechts kommen Arrogation und Adoption nicht einmal dem Namen nach vor, und das gänzliche Schweigen der Gerichtsordnung über diesen Punkt, wie der Umstand, daß an den betreffenden Stellen meistens

9) Die gemeinrechtlich sehr bestrittene Frage, ob der Ueberlebende in Beziehung auf die portio statutaria wirklicher Erbe sei, glaubte der Verf. bei Abfassung des Aufsatzes nach Basler Recht verneinen zu müssen. Seitdem ist er wieder sehr zweifelhaft geworden, muß sich jedoch eine weitere Ausführung vorbehalten, da solche derzeit zu weit führen würde.

Digitized by Google

der Ausdruck: eheliche Leibeserben gebraucht wird, beweisen zur Genüge, daß dieser Theil des R.R. in Basel nie zur Anerkennung gelangt ist. Selbst von der mindervollen Adoption lassen sich keine Spuren auffinden, außer insofern es sich in dem deutschrechtlichen Institut der Einkindschaft einige Aehnlichkeit mit derselben zeigt. Diese letztere aber hat in der Gerichtsordnung Thl. 3. Tit. 8 eine ausführliche Behandlung erfahren, und wird im Einzelnen bei den betreffenden Successionsordnungen ihre Berücksichtigung finden. Ebenso befolgt die Gerichtsordnung in Betreff der außerehelichen Kinder durchgängig die Grundsätze des alten deutschen Rechts. Doch ist durch spätere Gesetze, aber erst in dem jetzigen Jahrhundert, in einigen Beziehungen die alte Strenge gemildert. Dahin gehören zunächst die Bestimmungen des eidgenössischen Concordats v. 30. Juli 1806[10]), welche die Legitimation durch nachfolgende Ehe gesetzlich sanctionirt: eine Bestimmung, welche in der Ehegerichtsordnung vom 1. August 1837. §. 91 in der größten Ausdehnung bestätigt wird: „Wenn aber Vater und Mutter eines unehelichen Kindes sich einander heirathen, so erhält dasselbe, und wenn es bereits verstorben sein sollte, seine ehelichen Nachkommen, alle Rechte der ehelichen Abstammung." Für die Einführung der Legitimation durch Rescript fehlt es an einer gesetzlichen Autorität, und die doctrinelle aus dem lehrrichtigen Entwurf der Gerichtsordnung, Basel 1743. S. 3. und 41[11]), stützt sich für die Existenz beider Arten der Legitimation nur auf die Stellen des römischen Rechts, und nicht auf einheimische Gesetze oder Observanz. Daher dürften Bedenklichkeiten gegen die Richtigkeit dieser Angaben theils aus der Anführung der erst später sanctionirten Legitimation durch nachfolgende Ehe, theils aus der Berücksichtigung dessen, was oben über den Eingang, welchen diese Art der Legitimation in Deutschland gefunden hat, gesagt worden, insonderheit aber daraus entstehen, daß die von Justinian aufgeführten Requisite derselben (die Unmöglichkeit, die Mutter zu ehelichen und das Nichtvorhandensein ehelicher Kinder) von dem genannten Schriftsteller als hier gültig angeführt werden, obgleich solche von der Praxis im Allgemeinen nicht als gültig anerkannt worden sind[12]). Sodann kommt

10) Ges.Samml. II. 80.

11) Als Verf. desselben nennt man den damal. Schultheiß Stupanus.

12) Thibaut P.R. 8. A. §. 376. Note d, mit Bezug auf Stryck, U.M. I, 6. §. 16. 17.

Digitized by Google

in Betracht das Gesetz über die Erbfolge der außer der Ehe erzeugten Kinder an die Rücklassenschaft ihrer Mütter vom 20. Dec. 1809 [13]), wornach ein obrigkeitlich legitimirtes Kind — und hier ist offenbar an die sogenannte minder volle Legitimation des deutschen Rechts, nicht an die ebengedachte römische zu denken — ein lediglich auf den Nachlaß der Mutter beschränktes Erbfolgerecht enthält. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind in der Ehegerichtsordnung §. 91 von andern ausdrücklich bestätigt und daneben den Ascendenten der Mutter gestattet, an dem Legitimationsbegehren der Mutter zum Zweck der Begründung eines Intestaterbrechts für das Kind mit dieser oder nachher Theil zu nehmen [14]).

Wie weit diese Bestimmungen sich noch von denen des Römischen Rechts entfernen, und mit wie wenigem Recht daher in der Note zu §. 438 der G.O. (Ausgabe von 1830) aus diesem Gesetze eine Gleichstellung der unehelichen aber obrigkeitlich legitimirten Kinder mit den ehelichen gefolgert ist, wird sich später noch mehr ergeben. Daß endlich Apostaten und gewisse Arten von Ketzern und Kinder von Hochverräthern von der Intestaterbfolge ausgeschlossen seien, wäre wohl zu bezweifeln, bei erstern wegen Untergang des Objects, bei diesen aber wegen Stillschweigens des neuen Criminalgesetzbuchs. Dagegen sind die Grundsätze des Römischen und Canonischen Rechts über den Ausschluß von Kindern, welche von Eltern, die wissentlich in blutschänderischer Ehe lebten, erzeugt sind, denen Manche, wiewohl gemeinrechtlich ohne Grund, die im Ehebruch erzeugten gleichstellen, auch hier für anwendbar zu halten, wie sich aus §. 501 ergiebt, wo die Verordnung: „es seyend auch die Eltern ihre aus dem Ehebruch oder sonsten von anderer in den Rechten verdammten Geburt erzeugte Kinder zu Erben einzusetzen nicht befugt", offenbar voraussetzt, daß an ein Intestaterbrecht solcher Personen gar

13) Anhang der G.O. in der Ausgabe von 1830. 8. Nro. 98.

14) „Uebrigens bleibt es rücksichtlich des Erbrechts und der Legitimation (der unehelichen Kinder) ferner bei dem Bisherigen, mit der Ausdehnung jedoch, daß Großeltern und entferntere Ascendenten eines unehelichen Kindes, wenn sie es wünschen, daß dasselbe in vorkommendem Fall auch an ihnen Intestaterbe sei, die Legitimation desselben, unter Vorlegung der Erklärungen ihren vorhandenen Notherben ebenfalls nachsuchen können, geschehe das gleichzeitig mit dessen Mutter bei deren Lebzeiten oder sonst."

Digitized by Google

nicht zu denken sei. Lebenslänglich Landesverwiesene oder zum Gefängniß, oder zum Tode Verurtheilte sind aber nur als unfähig zur testamentarischen, nicht auch zur Intestaterbfolge zu betrachten, §. 508, weil Privilegien einer stricten Auslegung unterliegen.

Soviel im Allgemeinen über das Erbfolgerecht. Jetzt über die Successionsordnung.

Das Gesetz handelt:

T. 1. von der Succession der Descendenten.
" 4. " " " " Ascendenten.
" 5. " " " " " und Collateralen.
" 6. " " " " Collateralen.

Doch werden dadurch die einzelnen Successionsordnungen nicht bezeichnet. Aus dem Inhalt ergiebt sich vielmehr, daß folgende vier anzunehmen sind:

1) Descendenten.
2) Eltern.
3) Fernere Ascendenten, Geschwister ohne Berücksichtigung der vollen und halben Geburt, deren Söhne und Töchter.
4) Die übrigen Verwandten.

Bei sämmtlichen Klassen ist, wie im neusten Römischen Recht, eine Folge und in ihnen eine der Grade anzunehmen. Denn wenn gleich in erster Beziehung die Gerichtsordnung durchgängig nur des Falls erwähnt, daß in der früheren keine Berechtigte vorhanden seien [15]), und den, wo die etwa Vorhandenen die Erbschaft nicht erwerben mögen, übergeht, so ist doch dieser letztere bei der Anordnung der Gradfolge mehrfach berührt [16]), und fast mit Nothwendigkeit aus dem Rechtsprincip, daß, wenn ein neueres Gesetz nach dem Vorbild eines ältern gemacht worden ist, in den unberührten Puncten die Normen des letztern zur Anwendung kommen müssen. In der vierten Klasse entscheidet ganz wie im Römischen Recht die Gradesnähe; in der ersten dagegen durchgängig und in der dritten ebenfalls, jedoch mit einer Modification bei den Ascendenten, werden entferntere Grade mit den näheren zugelassen, doch schließen diese die von ihnen abstammenden aus. ~~Da nun die ent~~fernteren den Theil ihres vorverstorbenen Ascendenten erhalten, so läßt sich

15) §§. 597. 598. 599. 613. 618.

16) §§. 579. 580. 582. 599. 600. 601. 604.

Digitized by Google

auf gewisse Weise mit der Novelle sagen, daß sie an dessen Stelle treten, woraus die Neueren ein Repräsentationsrecht gemacht haben, über dessen Folgen natürlich Streit entstehen mußte, weil man, wie so oft geschehen, aus dem aufgestellten Princip die Rechtsfolgerungen ableitete, statt den umgekehrten einzig richtigen Weg einzuschlagen, und aus den einzelnen Rechtssatzungen den Inhalt der Rechtsregel zu bilden. Da man indessen gegenwärtig ziemlich allgemein darüber einverstanden ist, daß das sogenannte Repräsentationsrecht weder die Bedeutung habe, daß der Entferntere nur an die Stelle des Näheren treten könne, wenn er dessen Erbe geworden sei, noch die, daß ein Eintritt desselben an die Stelle eines Lebenden, welcher auf sein Erbrecht verzichtete, unzulässig erscheine, so bleibt hier nur zu untersuchen, ob nicht das Basler Recht eine dieser theoretisch unrichtigen Ansichten gesetzlich sanctionirt habe.

Aus der Definition des Repräsentationsrechtes, welche bei Gelegenheit des Eintritts des Geschwisterkindes in §. 606 gegeben wird: es sei die Gerechtigkeit, daß jemand in seiner Eltern Statt und Grad eintreten, und von derselben wegen mit andern, dem Verstorbenen in näherem Grad Verwandten succediren und erben möge, läßt sich weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas ableiten. Ebensowenig aus §. 579, daß Kindeskinder an ihres verstorbenen Vaters oder Mutter Statt einstehen, oder aus §. 604, wo die gleichen Worte für die dritte Klasse vorkommen, da diese Worte nur eine Uebersetzung der in der Novelle vorkommenden enthalten. Wichtiger dagegen sind die Bestimmungen des §. 582: „Da aber ein Kind oder Kindeskind sich seiner väter- oder mütterlichen, groß- väter- oder großmütterlichen Erbschaft enthalten und selbige repudiirt, oder doch auch Kinder hätte, treten dieselben Kinder, wenn sie wollen, an ihres Vaters oder Mutter Statt und erben neben andern Kindern oder Kindeskindern zum Stammtheil nicht anders, als wenn ihr Vater oder Mutter, so der Erbschaft wegen ein Verzug gethan, Tods vergangen wäre; es wäre denn Sach, daß solcher Verzug zum Schaden und Nachtheil deren Creditorum vorgenommen worden.“ Ist nun gleich für die zweite der dem Repräsentationsrecht untergelegten Bedeutungen entschieden verneint, so könnte man doch in Betreff der ersten eine Bejahung aus dem Schluß des §. herzuleiten veranlaßt sein. Denn wenn die Creditoren bei Lebzeiten des Vormanns nicht verkürzt werden sollen, wel-

Digitized by Google

cher Grund wäre vorhanden, seinem Tode diese Wirkung beizulegen? Gleichwohl sind beide Fälle, welche nach Römischem Recht in der Regel unter dieselbe Categorie fallen, hier völlig verschieden. Das Römische Recht verlangt, abgesehen von den Fällen der Suität, zur Erwerbung der Erbschaft die Acquisition; im alten deutschen Recht dagegen fallen Anfall und Erwerb nach der Parömie: „der Todte erbt den Lebendigen" stets zusammen. Folgt nun gleich die Gerichtsordnung im Uebrigen in der Lehre von den Wirkungen der Acquisition einer Erbschaft den strengen Grundsätzen des Römischen Rechts, so statuirt sie doch keinen Unterschied zwischen Delation und Erwerb, und ist insofern den Grundsätzen des deutschen Rechts treu geblieben. Dies ergiebt sich aus dem ganzen Tit. 16. Thl. 3. von Antretung und Repudiation der Erbschaft, insonderheit aus dem letzten §. 543, und ist im Einzelnen an mehreren andern Stellen §§. 505. 508. 509 zur Anwendung gebracht worden. Verfolgt man nun die Consequenzen der deutschen Rechtsregel, so ergiebt sich die Verschiedenheit unter beiden obgenannten Fällen von selbst. Der Descendent, oder das Geschwister, welchem eine Erbschaft angefallen und mithin auch erworben ist, disponirt im Fall der Insolvenz, indem er verzichtet, unerlaubter Weise über das Recht seiner Creditoren: verstarb er dagegen vor dem Erblasser, so kann von keinem Anfall, mithin auch von keinem Erwerb die Rede sein, und die später Berechtigten treten an seine Stelle, ohne die Verpflichtung, Erben des Vormanns geworden zu sein, oder die Schulden zu bezahlen.

In genauem Zusammenhang mit dem Ebenerörterten steht eine andere Frage: ob jemand, welcher mit Andern concurrirt, und nach der Delation ausfällt, seinem Miterben, oder seinem Folgeerben Platz macht, mit andern Worten: ob in einem solchen Fall das Accrescenzrecht eintrete, oder die später Berechtigten, welche concurrirt haben würden, wenn sie nicht durch ihre Ascendenten ausgeschlossen wären. Ausgemacht ist hier nach gemeinem Recht, daß, wenn die, welche wirklich Erben werden, solche Personen sind, die schon für sich allein den Entfernten ausgeschlossen hätten, die vacanten Portionen ihnen accresciren, und eine Folge der Grade nicht Statt finde. So in der Ordnung der Ascendenten. Dagegen findet noch jetzt eine Verschiedenheit der Ansichten in dem Fall Statt, wo die Miterben für sich allein den Entfernten nicht ausgeschlossen hätten.

Digitized by Google

Da die Meinung, welche einen Unterschied macht zwischen dem Fall, wo der Ausfallende die Erbschaft ausschlug, und dann, wo er vor erfolgtem Erwerb verstirbt, aller innern Haltbarkeit ermangelt, so bleibt uns die Wahl zwischen dem Accrescenzrecht und der Gradfolge. Und hier wird man sich für das Erste entscheiden müssen, theils weil die zweite Ansicht den gemeinrechtlichen Quellen fremd ist, theils weil durch dieselbe oft eine ganz neue Vertheilung der Erbschaft nothwendig gemacht würde, und man in den Fall käme, bereits deferirte oder gar erworbene Antheile zu schmälern. Gleichwohl wird nach dem Satz: le mort saisit le vif für die Gerichtsordnung die zweite Ansicht durchgängig zu befolgen sein, und zwar nicht bloß in dem Fall des §. 582, wo dieses ausdrücklich bestimmt ist, sondern auch in allen übrigen Fällen der dritten Klasse, da nach dem Erwerb der Erbschaft von einem Anwachsungsrecht überhaupt nicht mehr die Rede sein kann.

Schließlich ist noch die Frage hier zu erörtern, nach welchem Zeitpunct die gesetzliche Erbfolgeberechtigung zu bestimmen sei. Die Intestaterbfolge tritt alsdann ein, sobald es gewiß ist, daß Niemand aus einem Testament, und wie man für das Recht der Gerichtsordnung, welches in §. 496 die Regel: nemo pro parte testatus etc. bricht, hinzusetzen muß, ganz oder theilweise Erbe werden kann. Diese Gewißheit ist bei dem Tode des Erblassers alsdann vorhanden, wenn überhaupt kein Testament sich vorfindet, oder wenn das vorhandene entweder von Anfang an ungültig war, oder es bei Lebzeiten des Testators geworden ist. Sie kann aber auch erst nach dem Tode des Testators hervortreten, wenn bei dem Tode desselben ein gültiges Testament da war, welches in der Folge seine Kraft verliert, und in diesem Fall werden die Intestaterben sein, welche das Gesetz in dem Moment der Entkräftung beruft, nicht aber diejenigen, welche es im Augenblick des Todes gewesen sein würden. Von selbst versteht es sich dabei, daß eine Berechtigung in diesen Momenten nur angenommen werden kann, wenn der Prätendent in ihnen wenigstens schon concipirt (§. 583) und erbfähig ist.

Anlangend sodann die allgemeinen Principien der dritten Frage, wie die Erbschaft vertheilt wird, so ist die Vertheilungsart nach demselben Zeitpunct zu bestimmen, wie die Nähe, und für das Recht der Gerichtsordnung nur zu bemerken, daß die Linealtheilung des Römischen Rechts ihr fremd ist.

Digitized by Google

Wir wenden uns jetzt zu den Klassen im Einzelnen.

I. In der ersten Klasse sind berechtigt die Descendenten, unter der väterlichen Gewalt und Entlassene, Männer wie Weiber ersten Grades und entferntere. Das alte Basler Recht folgte in letzter Beziehung früher den Grundsätzen des Deutschen Rechts, wornach auch in der Parentel des Erblassers die Gradesnähe einen absoluten Vorzug gewährte. Erst nachdem durch die Reichsabschiede von 1478 §. 37, von 1500 Art. 19, und von 1521 §. 18 das deßfallsige Recht der gesammten Descendenz anerkannt war, wurde in Basel mit ausdrücklicher Beziehung darauf, Donnerstag vor Martini 1522, das Recht der Kindeskinder anerkannt [17]), und erst ein Jahrhundert später, den 24. August 1631 [18]), dem Repräsentationsrecht in infinitum Statt und Platz gegeben. Den Ehelichen stehen jetzt die durch nachfolgende Ehe Legitimirten völlig gleich. Von Adoptiv- und arrogirten Kindern ist keine Rede. Bei der Einkindschaft ist zu scheiden, ob Kinder von beiden Gatten zugebracht wurden oder nur von einem. In jenem Fall findet absolut ein Erbrecht in das Vermögen des gemachten Vater oder Mutter Statt, in diesem nur unter der Voraussetzung, daß die neue Ehe beerbt war und blieb. Ausgemacht ist, daß durch die Einkindschaft kein Erbrecht gegen die Ascendenten oder Collateralen des gemachten Vaters oder Mutter begründet wird. Ob aber im Fall der Vertrag keine ausdrückliche Meldung der Kindeskinder u. s. f. thut, diese an die Stelle der Eltern vermöge des Repräsentationsrechtes treten, muß um so mehr zweifelhaft genannt werden, da in der Gerichtsordnung, welche hier ganz dem Würtembergischen Landesrecht als Quelle folgt, die deßfallsige bejahende Bestimmung des letzteren [19]) nicht aufgenommen ist. Ein gleicher Zweifel entsteht in Betreff der Descendenz unehelicher Kinder, da weder in der Verordnung vom 20. Decbr. 1809, noch in der Ehegerichtsordnung §. 91 dieses Falles überhaupt Erwähnung geschehen ist. Allein hier dürfte die wenige Begünstigung, welche die bisherige Gesetzgebung diesen Kindern angedeihen ließ, ein entscheidendes Argument für die Verneinung des Repräsentationsrechtes enthalten, wenn gleich ein in-

17) Frey §. 94.

18) Frey §. 138.

19) Thl. 3. Tit. 9. §. Und ist hiebei zu wissen.

Digitized by Google

nerer Grund für die Annahme dieser Bestimmung, da derzeit nach der Ehegerichtsordnung das uneheliche Kind selbst in die Lage versetzt werden kann, die Großeltern zu beerben, nicht abzusehen ist. Und so ist es dann auch von selbst klar, daß von einer Ausdehnung des Rechts der Concubinenkinder auf den väterlichen Nachlaß in Basel in keiner Weise die Rede sein kann.

Kinder ersten Grades erben auch hier nach Kopftheilen, die entfernteren dagegen — insofern sie nach der bisherigen Entwickelung überhaupt ein Erbrecht haben — nach Stammtheilen; doch gelangen die letztere nur dann zur Perception, wenn sie unmittelbare Descendenten geworden sind. Also ganz adäquat den Römischen Grundsätzen, jedoch mit folgenden Ueberbleibseln des Deutschen Rechts:

a) Unmündige und unerzogene Kinder sollen einen Voraus genießen im Fall der Concurrenz mit erwachsenen und erzogenen; eine Bestimmung, welche nur dann nicht zur Willkühr führt, wenn die Eltern genaue Rechnung über die Kosten der einzelnen Kinder halten.

b) Knaben sollen des Vaters Kleider, Kleinodien, Leibsangehörden und Gewehr; Töchter jene der Mutter erhalten. §. 592. Diese Bestimmung ist aus einem Rechtserkenntniß, Mittwoch vor Mäthäi 1506, bestätigt 1646 [20]) geflossen, wo jedoch statt des Gewehrs noch Roß und Harnisch genannt werden, auch der Zusatz der Gerichtsordnung, daß Beides an Werth in Proportion stehen müsse, sich nicht findet. Es ist dieses ein Ueberbleibsel des Heergeräths und der Gerade, jedoch in modificirter Gestalt.

c) Das Recht der Prärogation auf Bibliotheken und Handwerkszeug nach Schätzung für die Söhne. §. 595. 596.

II. In der zweiten Klasse erben Vater und Mutter mit Ausschluß aller fernern Verwandten. Dieses Vorrecht vor den Geschwistern hat sich aus dem Deutschen Recht erhalten, wo Vater und Mutter in der zweiten Parentel alle Uebrigen ausschließen. Im Fall einer Einkindschaft können hier auch die gemachten Väter und Mütter eine Stelle einnehmen, §. 486. Die Vertheilung geschieht nach Kopftheilen.

---

20) Frey §. 71.

Digitized by Google

III. In der dritten sind berufen die entfernteren Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und beider Söhne und Töchter.

Unter den Ascendenten sind hier nur leibliche eheliche zu verstehen. Arrogation, Adoption und uneheliche Geburt kommen überhaupt nicht in Betracht, und die Einkindschaft erstreckt ihre Wirkungen nicht so weit, §. 486.

Bei den vollbürtigen Geschwistern gilt die bei Gelegenheit des Römischen Rechts gemachte Bemerkung hier um so mehr.

Bei den halbbürtigen kommen Adoption und außereheliche Geburt nicht in Betracht, und ebensowenig eine etwaige Einkindschaft, §. 495. Die Gleichstellung der halben und vollen Geburt ist ein Rest germanischer Rechtsansichten, und wenn Montag nach Ottmary 1512 beschlossen ward, „daß von nun an die Halbgeschwister mit den vollen zu gleichen Theilen erben sollen" [21]), so darf man sich nicht etwa vorstellen, daß vor diesem in die Gerichtsordnung übergegangenen Beschluß etwa reines Römisches Recht in diesem Punkte gegolten, sondern es ist an die Aufhebung von Unterschieden zu denken, wie sie die Spiegel und andere Statuten darbieten.

Bei den Söhnen und Töchtern der Vorgenannten kann Adoption und außereheliche Geburt natürlich kein Recht verleihen; ebensowenig wie Einkindschaft. Das Repräsentationsrecht dieser Personen, im gemeinen Recht schon durch die Reichsabschiede von 1521, §. 19. 20 und von 1529 §. 31 befestigt, gelangte in Basel erst den 14. August 1631 zur Anerkennung und ward den 19. Sept. 1635 von neuem bestätigt [22]).

Unter den Ascendenten gewährt auch hier die Nähe des Grades einen absoluten Vorzug, Geschwisterkinder dagegen werden durch ihre Eltern ausgeschlossen. Mithin gelten in Betreff des Verhältnisses der hier berechtigten Personen zu einander in der Gerichtsordnung ganz die Grundsätze des Römischen Rechts, indem den 19. Sept. 1635 [23]) die bis dahin dem Deutschen Recht ganz conforme Sitte, daß Geschwister die Großeltern ausschloßen, aufgehoben wurde.

21) Frey §. 87.
22) Frey §§. 139. 140.
23) Frey §. 139.

Digitized by Google

Bei der Vertheilung sind folgende Fälle möglich:

1) Ascendenten allein bekommen Kopftheile, indem das Römischen Princip der Linealtheilung aufgegeben ist.
2) Vollbürtige Geschwister, ebenso.
3) Halbbürtige " "
4) Vollbürtiger Geschwister, Söhne und Töchter, ebenso.
5) Halbbürtiger " " " " "

Für das Theilungsprincip bei nro. 4. und 5. giebt der deßfallsige erste Beschluß vom 14. August 1631 [24]), welcher also das deutsche Princip hier aufrecht erhält, den sehr wichtigen Grund an, „weil sie alle dem Verstorbenen in gleichem Grade verwandt", und mithin präsumtiv gleich werth sein; ein Grund, welcher auch bei der Entscheidung sub nr. 1 Platz greift.

6) Ascendenten und vollbürtige Geschwister, nach Köpfen.
7) Ascendenten und halbbürtige Geschwister, ebenso.
8) Ascendenten und vollbürtige Geschwisterkinder; erstere nach Köpfen, letztere nach Stämmen.
9) Ascendenten und halbbürtige Geschwisterkinder, ebenso.
10) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, nach Köpfen.
11) Vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter; erstere nach Köpfen, letztere nach Stämmen.
12) Vollbürtige Geschwister und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
13) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
14) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
15) Vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter, nach Köpfen.
16) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, ebenso.
17) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter; die ersten beiden nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.
18) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

24) Frey §. 140.

Digitized by Google

19) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
20) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter, ebenso.
21) Ascendenten, vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter; die ersten nach Köpfen, die beiden letzteren nach Stämmen.
22) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter; die beiden ersten nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.
23) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
24) Vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die ersten nach Köpfen, die beiden letzteren nach Stämmen.
25) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
26) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter; die drei ersten nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.
27) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
28) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die beiden ersten nach Köpfen, die beiden letzten nach Stämmen.
29) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
30) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
31) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die drei ersten nach Köpfen, die beiden letzten nach Stämmen.

Mithin mit Ausnahme der Abweichung bei den Ascendenten ganz das Princip des Römischen Rechts.

IV. Dasselbe findet in der letzten Klasse in aller Maaße Statt, wenn man, wie überall, Arrogation, Adoption und uneheliche Geburt nicht in Betracht zieht.

Digitized by Google

Von den Fällen der außerordentlichen Erbfolge wird

1) das Recht der dürftigen Witwe in der Gerichtsordnung und sonst nirgends erwähnt, und kann auch neben dem statutarischen Rechte der Ausweisung nicht wohl vorkommen. Wohl aber
2) das Recht des überlebenden Gatten, §. 618.
3) Von den Rechten der Corporationen wird erwähnt:
   a) in einem Beschluß von Montag St. Gallentag 1503 [25]) das Recht der Stadt auf den Nachlaß eines von ihr unterstützten Bettlers;
   b) in einem Beschluß vom 16. October 1678 [26]) das Recht der Armenanstalt auf den Nachlaß des im Waisenhause verstorbenen Waisen.

Den Beschluß macht hier, wie im Römischen Recht:

4) das Erbrecht des Fiscus, §. 618.

---

25) Frey §. 80.
26) Frey §. 202.

Digitized by Google

## V.

# Die Abtheilung und Abschichtung der Kinder

nach

## Lübschem Recht, mit Berücksichtigung der durch Gewohnheit und particulare Verordnungen in Holstein bewirkten Modificationen.

Von

einem holsteinschen Rechtsgelehrten.

---

Unter den deutschen Particularrechten ist das Lübsche, als eins der verbreitetsten und ältesten, von jeher sehr fleißig bearbeitet worden, was nicht nur die vielen Codices, sondern noch mehr ausführliche Commentare und zahlreiche Abhandlungen beweisen. Vorzüglich ein Theil desselben, die Lehre von den Güterverhältnissen der Ehegatten, hat die größte schriftstellerische Thätigkeit hervorgerufen, und dennoch ist eine Seite desselben, wenn auch nicht ganz übersehen, doch nicht mit der Sorgfalt und Ausführlichkeit, und noch weniger in dem Zusammenhange behandelt worden, wie sie es ihres Interesses und ihrer Wichtigkeit halber verdiente: die Art und Weise nemlich, wie die von überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgelöst wird, und die Wirkungen dieser Auflösung. Mevius und Stein in ihren Commentaren zum Lübschen Recht haben freilich auch alle Einzelnheiten dieses Punktes bearbeitet, aber Manches ganz falsch, und, als natürliche Folge der von ihnen befolgten Legalmethode, ohne Zusammenhang dargestellt. Carstens in seinen Beiträgen II, 24 hat höchst oberflächlich, und Pauli: die ehelichen Erbrechte, vorzüglich mit Berücksichtigung alter Urkunden, gearbeitet, wodurch er sich mitunter hat verführen lassen, diesen mehr als dem Recht selbst zu trauen, und andere Theile dieser Lehre, über die ihm vielleicht Urkunden fehlten, ganz zu übergehen. Da



Digitized by Google

aber eine ausführliche Darstellung und genaue Bestimmung dieses Verhältnisses nicht nur wegen seines genauen Zusammenhangs mit der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft für Alle ein theoretisches Interesse gewährt, sondern auch in einem Theil Deutschlands von der größten Wichtigkeit für die Praxis ist, weil eine nicht geringe Anzahl Processe zwischen Eltern und Kindern, und noch mehr zwischen Geschwistern über die Abtheilung vom elterlichen Vermögen entstehen, so habe ich mich bemüht, diese Lehre so ausführlich und detaillirt wie möglich zu bearbeiten, und neben der logischen Zergliederung auch die mehr praktischen Fragen stets im Auge zu behalten. Diese Rücksicht auf die praktische Wichtigkeit hat mich ebenfalls bewogen, die in Holstein geltenden Gewohnheiten und Verordnungen zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen zu benutzen, wodurch ich indeß keineswegs das Interesse der Theoretiker für diese Lehre verringert zu haben fürchte, da eben durch die Wechselwirkung der Praxis und Theorie manche Theile erst ins rechte Licht gestellt werden.

Die früher allgemein angenommene eheliche Gütergemeinschaft des Lübschen Rechts ist in neuerer Zeit von vielen Schriftstellern geläugnet worden [1]). Auch läßt sich nicht läugnen, daß, wenn man einen von der Theorie aufgestellten Begriff der ehelichen Gütergemeinschaft, es sei welcher es wolle, der societas, universitas, communio nach ideelen oder reellen Theilen, mit seinen Merkmalen und Kennzeichen voranstellt, und das Lübsche Recht damit vergleicht, derselbe bald hier, bald da nicht passen will, wiewohl er in anderer Hinsicht wieder zutrifft. Auch müßte man sich wundern, wäre es anders, wenn ein Recht, das sich allmählig durch Gewohnheit und augenblickliches Bedürfniß gebildet hat, auf welches theils das Nordische, theils das Römische, theils andere deutsche Rechte eingewirkt haben, mit dem von der Theorie aufgestellten abstrakten Schulbegriff übereinstimmte. Auf dieselbe Weise verhält es sich mit der communio prorogata, welche früher allgemein angenommen,

---

1) von Cropp in den Hdlb. Jahrb., 1823; in Heise's und Cropp's jurist. Abhdlgen II, 425 ff.; Behn, die ehel. Güterrechte des Lübsch. Rechts; Pauli, die ehel. Erbrechte des Lüb. Rechts; Sarauw, Prüfung der bisherigen Ansichten von ehelicher G. G. in den Herzogthümern Schleswig u. Holstein, in Falck's neuem staatsbürgerl. Magazin, Bd. VI; Falck, Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatrechts IV, S. 458.

Digitized by Google

jetzt, wenigstens in der üblichen Bedeutung, geläugnet wird. So wie aber während der Ehe, falls sie beerbt ist, das beiderseitige Vermögen der Ehegatten in ein Verhältniß tritt, das, durchaus verschieden von dem römischen Dotalsystem, eine Vereinigung darstellt, die einer Gütergemeinschaft sehr ähnlich ist; eben so ist auch bei der communio prorogata das Vermögen der Eltern und Kinder in ein Gesammtvermögen übergegangen, an dem beiden ideelle Theile zustehen. Stirbt der Mann oder die Frau aus einer beerbten Ehe, so bleiben die Güter zwischen dem parens superstes und den Kindern nach

Revid. Lüb. R. II, 2, 28: ungeschichtet und ungetheilet, und:
— — — — 26: ihr Gut ist zusammen ungescheiden;
— — — — 16: fällt einem Wittwer oder — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen;
— — — — 28: ist da auch Schuld vorhanden, die soll man von dem gemeinen Gut zuvor bezahlen.

Der par. superstes hat die Verwaltung, aber beschränkt, vorzüglich wenn die Frau die überlebende ist; den Nießbrauch haben beide, und bei der Theilung zerfällt das Vermögen in gleiche Theile[2]).

Dieß Verhältniß ist anerkannt durch die Holsteinische Vormünderverordnung vom 13. Sept. 1743,

§. 2. — — Kinder, während sie mit ihrem Vater in der Gemeinschaft stehen — — — Güter in die Gemeinschaft bringen.
§. 4. — — d. nachlebende Wittwer aber mit den Kindern in ungetheilten Gütern zu bleiben befugt sein.

Der Vater hat die Verwaltung, beschränkt auch die Mutter; nach demselben citirten § haftet die Gemeinschaft für die Schulden, die Theilung geschieht nach jeden Orts Rechten.

Hiernach kann nicht zweifelhaft sein, daß sowohl nach Lübschem Recht, als auch insbesondere nach Holsteinischem Particularrecht zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern eine Vereinigung des Vermögens stattfindet, mag man sie fortgesetzte Gemeinschaft (communio prorogata) nennen oder nicht, von der der Schluß auf ein schon während der Ehe bestehendes ähnliches Verhältniß nahe liegt.

---

2) R. L. R. I, 10, 6.; II, 2, 2, 3 u. 8.



Digitized by Google

Da die Meinung, welche einen Unterschied macht zwischen dem Fall, wo der Ausfallende die Erbschaft ausschlug, und dann, wo er vor erfolgtem Erwerb verstirbt, aller innern Haltbarkeit ermangelt, so bleibt uns die Wahl zwischen dem Accrescenzrecht und der Gradfolge. Und hier wird man sich für das Erste entscheiden müssen, theils weil die zweite Ansicht den gemeinrechtlichen Quellen fremd ist, theils weil durch dieselbe oft eine ganz neue Vertheilung der Erbschaft nothwendig gemacht würde, und man in den Fall käme, bereits deferirte oder gar erworbene Antheile zu schmälern. Gleichwohl wird nach dem Satz: le mort saisit le vif für die Gerichtsordnung die zweite Ansicht durchgängig zu befolgen sein, und zwar nicht bloß in dem Fall des §. 582, wo dieses ausdrücklich bestimmt ist, sondern auch in allen übrigen Fällen der dritten Klasse, da nach dem Erwerb der Erbschaft von einem Anwachsungsrecht überhaupt nicht mehr die Rede sein kann.

Schließlich ist noch die Frage hier zu erörtern, nach welchem Zeitpunct die gesetzliche Erbfolgeberechtigung zu bestimmen sei. Die Intestaterbfolge tritt alsdann ein, sobald es gewiß ist, daß Niemand aus einem Testament, und wie man für das Recht der Gerichtsordnung, welches in §. 496 die Regel: nemo pro parte testatus etc. bricht, hinzusetzen muß, ganz oder theilweise Erbe werden kann. Diese Gewißheit ist bei dem Tode des Erblassers alsdann vorhanden, wenn überhaupt kein Testament sich vorfindet, oder wenn das vorhandene entweder von Anfang an ungültig war, oder es bei Lebzeiten des Testators geworden ist. Sie kann aber auch erst nach dem Tode des Testators hervortreten, wenn bei dem Tode desselben ein gültiges Testament da war, welches in der Folge seine Kraft verliert, und in diesem Fall werden die Intestaterben sein, welche das Gesetz in dem Moment der Entkräftung beruft, nicht aber diejenigen, welche es im Augenblick des Todes gewesen sein würden. Von selbst versteht es sich dabei, daß eine Berechtigung in diesen Momenten nur angenommen werden kann, wenn der Prätendent in ihnen wenigstens schon concipirt (§. 583) und erbfähig ist.

Anlangend sodann die allgemeinen Principien der dritten Frage, wie die Erbschaft vertheilt wird, so ist die Vertheilungsart nach demselben Zeitpunct zu bestimmen, wie die Nähe, und für das Recht der Gerichtsordnung nur zu bemerken, daß die Linealtheilung des Römischen Rechts ihr fremd ist.

Digitized by Google

Wir wenden uns jetzt zu den Klassen im Einzelnen.

I. In der ersten Klasse sind berechtigt die Descendenten, unter der väterlichen Gewalt und Entlassene, Männer wie Weiber ersten Grades und entferntere. Das alte Basler Recht folgte in letzter Beziehung früher den Grundsätzen des Deutschen Rechts, wornach auch in der Parentel des Erblassers die Gradesnähe einen absoluten Vorzug gewährte. Erst nachdem durch die Reichsabschiede von 1478 §. 37, von 1500 Art. 19, und von 1521 §. 18 das deßfallsige Recht der gesammten Descendenz anerkannt war, wurde in Basel mit ausdrücklicher Beziehung darauf, Donnerstag vor Martini 1522, das Recht der Kindeskinder anerkannt [17]), und erst ein Jahrhundert später, den 24. August 1631 [18]), dem Repräsentationsrecht in infinitum Statt und Platz gegeben. Den Ehelichen stehen jetzt die durch nachfolgende Ehe Legitimirten völlig gleich. Von Adoptiv- und arrogirten Kindern ist keine Rede. Bei der Einkindschaft ist zu scheiden, ob Kinder von beiden Gatten zugebracht wurden oder nur von einem. In jenem Fall findet absolut ein Erbrecht in das Vermögen des gemachten Vater oder Mutter Statt, in diesem nur unter der Voraussetzung, daß die neue Ehe beerbt war und blieb. Ausgemacht ist, daß durch die Einkindschaft kein Erbrecht gegen die Ascendenten oder Collateralen des gemachten Vaters oder Mutter begründet wird. Ob aber im Fall der Vertrag keine ausdrückliche Meldung der Kindeskinder u. s. f. thut, diese an die Stelle der Eltern vermöge des Repräsentationsrechtes treten, muß um so mehr zweifelhaft genannt werden, da in der Gerichtsordnung, welche hier ganz dem Würtembergischen Landesrecht als Quelle folgt, die deßfallsige bejahende Bestimmung des letzteren [19]) nicht aufgenommen ist. Ein gleicher Zweifel entsteht in Betreff der Descendenz unehelicher Kinder, da weder in der Verordnung vom 20. Decbr. 1809, noch in der Ehegerichtsordnung §. 91 dieses Falles überhaupt Erwähnung geschehen ist. Allein hier dürfte die wenige Begünstigung, welche die bisherige Gesetzgebung diesen Kindern angedeihen ließ, ein entscheidendes Argument für die Verneinung des Repräsentationsrechtes enthalten, wenn gleich ein in=

---

17) Frey §. 94.

18) Frey §. 138.

19) Thl. 3. Tit. 9. §. Und ist hiebei zu wissen.

Digitized by Google

nerer Grund für die Annahme dieser Bestimmung, da derzeit nach der Ehegerichtsordnung das uneheliche Kind selbst in die Lage versetzt werden kann, die Großeltern zu beerben, nicht abzusehen ist. Und so ist es dann auch von selbst klar, daß von einer Ausdehnung des Rechts der Concubinenkinder auf den väterlichen Nachlaß in Basel in keiner Weise die Rede sein kann.

Kinder ersten Grades erben auch hier nach Kopftheilen, die entfernteren dagegen — insofern sie nach der bisherigen Entwickelung überhaupt ein Erbrecht haben — nach Stammtheilen; doch gelangen die letztere nur dann zur Perception, wenn sie unmittelbare Descendenten geworden sind. Also ganz adäquat den Römischen Grundsätzen, jedoch mit folgenden Ueberbleibseln des Deutschen Rechts:

a) Unmündige und unerzogene Kinder sollen einen Voraus genießen im Fall der Concurrenz mit erwachsenen und erzogenen; eine Bestimmung, welche nur dann nicht zur Willkühr führt, wenn die Eltern genaue Rechnung über die Kosten der einzelnen Kinder halten.

b) Knaben sollen des Vaters Kleider, Kleinodien, Leibsangehörden und Gewehr; Töchter jene der Mutter erhalten. §. 592. Diese Bestimmung ist aus einem Rechtserkenntniß, Mittwoch vor Mäthäi 1506, bestätigt 1646 [20]) geflossen, wo jedoch statt des Gewehrs noch Roß und Harnisch genannt werden, auch der Zusatz der Gerichtsordnung, daß Beides an Werth in Proportion stehen müsse, sich nicht findet. Es ist dieses ein Ueberbleibsel des Heergeräths und der Gerade, jedoch in modificirter Gestalt.

c) Das Recht der Prärogation auf Bibliotheken und Handwerkszeug nach Schätzung für die Söhne. §. 595. 596.

II. In der zweiten Klasse erben Vater und Mutter mit Ausschluß aller fernern Verwandten. Dieses Vorrecht vor den Geschwistern hat sich aus dem Deutschen Recht erhalten, wo Vater und Mutter in der zweiten Parentel alle Uebrigen ausschließen. Im Fall einer Einkindschaft können hier auch die gemachten Väter und Mütter eine Stelle einnehmen, §. 486. Die Vertheilung geschieht nach Kopftheilen.

---

20) Frey S. 71.

Digitized by Google

III. In der dritten sind berufen die entfernteren Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und beider Söhne und Töchter.

Unter den Ascendenten sind hier nur leibliche eheliche zu verstehen. Arrogation, Adoption und uneheliche Geburt kommen überhaupt nicht in Betracht, und die Einkindschaft erstreckt ihre Wirkungen nicht so weit, §. 486.

Bei den vollbürtigen Geschwistern gilt die bei Gelegenheit des Römischen Rechts gemachte Bemerkung hier um so mehr.

Bei den halbbürtigen kommen Adoption und außereheliche Geburt nicht in Betracht, und ebensowenig eine etwaige Einkindschaft, §. 495. Die Gleichstellung der halben und vollen Geburt ist ein Rest germanischer Rechtsansichten, und wenn Montag nach Ottmary 1512 beschlossen ward, „daß von nun an die Halbgeschwister mit den vollen zu gleichen Theilen erben sollen" [21]), so darf man sich nicht etwa vorstellen, daß vor diesem in die Gerichtsordnung übergegangenen Beschluß etwa reines Römisches Recht in diesem Punkte gegolten, sondern es ist an die Aufhebung von Unterschieden zu denken, wie sie die Spiegel und andere Statuten darbieten.

Bei den Söhnen und Töchtern der Vorgenannten kann Adoption und außereheliche Geburt natürlich kein Recht verleihen; ebensowenig wie Einkindschaft. Das Repräsentationsrecht dieser Personen, im gemeinen Recht schon durch die Reichsabschiede von 1521, §. 19. 20 und von 1529 §. 31 befestigt, gelangte in Basel erst den 14. August 1631 zur Anerkennung und ward den 19. Sept. 1635 von neuem bestätigt [22]).

Unter den Ascendenten gewährt auch hier die Nähe des Grades einen absoluten Vorzug, Geschwisterkinder dagegen werden durch ihre Eltern ausgeschlossen. Mithin gelten in Betreff des Verhältnisses der hier berechtigten Personen zu einander in der Gerichtsordnung ganz die Grundsätze des Römischen Rechts, indem den 19. Sept. 1635 [23]) die bis dahin dem Deutschen Recht ganz conforme Sitte, daß Geschwister die Großeltern ausschloßen, aufgehoben wurde.

---

21) Frey §. 87.
22) Frey §§. 139. 140.
23) Frey §. 139.

Digitized by Google

dem altdeutschen Princip auf entfernte Ascendenten ausgedehnt worden ist. Ebenso der Ausschluß des Repräsentationsrechtes in der Seitenlinie u. a. Inwiefern nun das Basler Recht derartige Modifikationen enthalte, und worin dieselben bestehen, wird sogleich bei der systematischen Darstellung desselben näher entwickelt werden.

## §. 3. Basler Recht.

Ausgeschieden bleiben von der gegenwärtigen Darstellung:

1) Die Lehre von der Ausweisung des überlebenden Ehegatten vermöge Eheberedung oder Stadtrechts [9]).

2) Die Lehre von der Collation. Tit. 2.

3) Die Lehre von Sparhäfen und Donationen zum voraus. Tit. 3. §. 593. 594.

4) Die Lehre von Verwandtschaftsgraden Tit. 7, indem dieselben, wenn gleich mit dem vorliegenden Thema mehr oder weniger verwandt, und daher im 4ten Theil der G.O. abgehandelt, doch andern Rechtsmaterien zugewiesen werden.

Unsere Deduktion hat sich nur mit der Beantwortung folgender drei Fragen zu beschäftigen:

1) Wer hat ein Recht zu succediren?

2) In welcher Ordnung wird succedirt?

3) Wie wird die Erbschaft getheilt?

Das Successionsrecht beruht, abgesehen von den wenigen Fällen des letzten Titels der Gerichtsordnung, welche man nach neuerer Terminologie mit dem Namen der außerordentlichen Erbfolge bezeichnen würde, auf der Cognation. Dieselbe ist eine leibliche oder eine juristische. Diese letztere aber ist wesentlich verschieden von der, welche das R.R. kennt. Denn in den Quellen des Basler Rechts kommen Arrogation und Adoption nicht einmal dem Namen nach vor, und das gänzliche Schweigen der Gerichtsordnung über diesen Punkt, wie der Umstand, daß an den betreffenden Stellen meistens

9) Die gemeinrechtlich sehr bestrittene Frage, ob der Ueberlebende in Beziehung auf die portio statutaria wirklicher Erbe sei, glaubte der Verf. bei Abfassung des Aufsatzes nach Basler Recht verneinen zu müssen. Seitdem ist er wieder sehr zweifelhaft geworden, muß sich jedoch eine weitere Ausführung vorbehalten, da solche derzeit zu weit führen würde.

Digitized by Google

der Ausdruck: eheliche Leibeserben gebraucht wird, beweisen zur Genüge, daß dieser Theil des R.R. in Basel nie zur Anerkennung gelangt ist. Selbst von der mindervollen Adoption lassen sich keine Spuren auffinden, außer insofern es sich in dem deutschrechtlichen Institut der Einkindschaft einige Aehnlichkeit mit derselben zeigt. Diese letztere aber hat in der Gerichtsordnung Thl. 3. Tit. 8 eine ausführliche Behandlung erfahren, und wird im Einzelnen bei den betreffenden Successionsordnungen ihre Berücksichtigung finden. Ebenso befolgt die Gerichtsordnung in Betreff der außerehelichen Kinder durchgängig die Grundsätze des alten deutschen Rechts. Doch ist durch spätere Gesetze, aber erst in dem jetzigen Jahrhundert, in einigen Beziehungen die alte Strenge gemildert. Dahin gehören zunächst die Bestimmungen des eidgenössischen Concordats v. 30. Juli 1806 [10]), welche die Legitimation durch nachfolgende Ehe gesetzlich sanctionirt: eine Bestimmung, welche in der Ehegerichtsordnung vom 1. August 1837. §. 91 in der größten Ausdehnung bestätigt wird: „Wenn aber Vater und Mutter eines unehelichen Kindes sich einander heirathen, so erhält dasselbe, und wenn es bereits verstorben sein sollte, seine ehelichen Nachkommen, alle Rechte der ehelichen Abstammung.“ Für die Einführung der Legitimation durch Rescript fehlt es an einer gesetzlichen Autorität, und die doctrinelle aus dem lehrrichtigen Entwurf der Gerichtsordnung, Basel 1743. S. 3. und 41 [11]), stützt sich für die Existenz beider Arten der Legitimation nur auf die Stellen des römischen Rechts, und nicht auf einheimische Gesetze oder Observanz. Daher dürften Bedenklichkeiten gegen die Richtigkeit dieser Angaben theils aus der Anführung der erst später sanctionirten Legitimation durch nachfolgende Ehe, theils aus der Berücksichtigung dessen, was oben über den Eingang, welchen diese Art der Legitimation in Deutschland gefunden hat, gesagt worden, insonderheit aber daraus entstehen, daß die von Justinian aufgeführten Requisite derselben (die Unmöglichkeit, die Mutter zu ehelichen und das Nichtvorhandensein ehelicher Kinder) von dem genannten Schriftsteller als hier gültig angeführt werden, obgleich solche von der Praxis im Allgemeinen nicht als gültig anerkannt worden sind [12]). Sodann kommt

10) Ges.Samml. II. 80.

11) Als Verf. desselben nennt man den damal. Schultheiß Stupanus.

12) Thibaut P.R. 8. A. §. 376. Note d, mit Bezug auf Stryck, U.M. I, 6. §. 16. 17.

in Betracht das Gesetz über die Erbfolge der außer der Ehe erzeugten Kinder an die Rücklassenschaft ihrer Mütter vom 20. Dec. 1809 [13]), wornach ein obrigkeitlich legitimirtes Kind — und hier ist offenbar an die sogenannte mindervolle Legitimation des deutschen Rechts, nicht an die ebengedachte römische zu denken — ein lediglich auf den Nachlaß der Mutter beschränktes Erbfolgerecht enthält. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind in der Ehegerichtsordnung §. 91 von andern ausdrücklich bestätigt und daneben den Ascendenten der Mutter gestattet, an dem Legitimationsbegehren der Mutter zum Zweck der Begründung eines Intestaterbrechts für das Kind mit dieser oder nachher Theil zu nehmen [14]).

Wie weit diese Bestimmungen sich noch von denen des Römischen Rechts entfernen, und mit wie wenigem Recht daher in der Note zu §. 438 der G.O. (Ausgabe von 1830) aus diesem Gesetze eine Gleichstellung der unehelichen aber obrigkeitlich legitimirten Kinder mit den ehelichen gefolgert ist, wird sich später noch mehr ergeben. Daß endlich Apostaten und gewisse Arten von Ketzern und Kinder von Hochverräthern von der Intestaterbfolge ausgeschlossen seien, wäre wohl zu bezweifeln, bei erstern wegen Untergang des Objects, bei diesen aber wegen Stillschweigens des neuen Criminalgesetzbuchs. Dagegen sind die Grundsätze des Römischen und Canonischen Rechts über den Ausschluß von Kindern, welche von Eltern, die wissentlich in blutschänderischer Ehe lebten, erzeugt sind, denen Manche, wiewohl gemeinrechtlich ohne Grund, die im Ehebruch erzeugten gleichstellen, auch hier für anwendbar zu halten, wie sich aus §. 501 ergiebt, wo die Verordnung: „es seyend auch die Eltern ihre aus dem Ehebruch oder sonsten von anderer in den Rechten verdammten Geburt erzeugte Kinder zu Erben einzusetzen nicht befugt", offenbar voraussetzt, daß an ein Intestaterbrecht solcher Personen gar

13) Anhang der G.O. in der Ausgabe von 1830. 8. Nro. 98.

14) „Uebrigens bleibt es rücksichtlich des Erbrechts und der Legitimation (der unehelichen Kinder) ferner bei dem Bisherigen, mit der Ausdehnung jedoch, daß Großeltern und entferntere Ascendenten eines unehelichen Kindes, wenn sie es wünschen, daß dasselbe in vorkommendem Fall auch an ihnen Intestaterbe sei, die Legitimation desselben, unter Vorlegung der Erklärungen ihren vorhandenen Notherben ebenfalls nachsuchen können, geschehe das gleichzeitig mit dessen Mutter bei deren Lebzeiten oder sonst."

Digitized by Google

nicht zu denken sei. Lebenslänglich Landesverwiesene oder zum Gefängniß, oder zum Tode Verurtheilte sind aber nur als unfähig zur testamentarischen, nicht auch zur Intestaterbfolge zu betrachten, §. 508, weil Privilegien einer stricten Auslegung unterliegen.

Soviel im Allgemeinen über das Erbfolgerecht. Jetzt über die Successionsordnung.

Das Gesetz handelt:

T. 1. von der Succession der Descendenten.
„ 4. „ „ „ „ Ascendenten.
„ 5. „ „ „ „ „ und Collateralen.
„ 6. „ „ „ „ Collateralen.

Doch werden dadurch die einzelnen Successionsordnungen nicht bezeichnet. Aus dem Inhalt ergiebt sich vielmehr, daß folgende vier anzunehmen sind:

1) Descendenten.
2) Eltern.
3) Fernere Ascendenten, Geschwister ohne Berücksichtigung der vollen und halben Geburt, deren Söhne und Töchter.
4) Die übrigen Verwandten.

Bei sämmtlichen Klassen ist, wie im neusten Römischen Recht, eine Folge und in ihnen eine der Grade anzunehmen. Denn wenn gleich in erster Beziehung die Gerichtsordnung durchgängig nur des Falls erwähnt, daß in der früheren keine Berechtigte vorhanden seien[15]), und den, wo die etwa Vorhandenen die Erbschaft nicht erwerben mögen, übergeht, so ist doch dieser letztere bei der Anordnung der Gradfolge mehrfach berührt[16]), und fast mit Nothwendigkeit aus dem Rechtsprincip, daß, wenn ein neueres Gesetz nach dem Vorbild eines ältern gemacht worden ist, in den unberührten Puncten die Normen des letztern zur Anwendung kommen müssen. In der vierten Klasse entscheidet ganz wie im Römischen Recht die Gradesnähe; in der ersten dagegen durchgängig und in der dritten ebenfalls, jedoch mit einer Modification bei den Ascendenten, werden entferntere Grade mit den näheren zugelassen, doch schließen diese die von ihnen abstammenden aus. Da ~~nun die ent~~fernteren den Theil ihres vorverstorbenen Ascendenten erhalten, so läßt sich

15) §§. 597. 598. 599. 613. 618.

16) §§. 579. 580. 582. 599. 600. 601. 604.

Digitized by Google

auf gewisse Weise mit der Novelle sagen, daß sie an dessen Stelle treten, woraus die Neueren ein Repräsentationsrecht gemacht haben, über dessen Folgen natürlich Streit entstehen mußte, weil man, wie so oft geschehen, aus dem aufgestellten Princip die Rechtsfolgerungen ableitete, statt den umgekehrten einzig richtigen Weg einzuschlagen, und aus den einzelnen Rechtssatzungen den Inhalt der Rechtsregel zu bilden. Da man indessen gegenwärtig ziemlich allgemein darüber einverstanden ist, daß das sogenannte Repräsentationsrecht weder die Bedeutung habe, daß der Entferntere nur an die Stelle des Näheren treten könne, wenn er dessen Erbe geworden sei, noch die, daß ein Eintritt desselben an die Stelle eines Lebenden, welcher auf sein Erbrecht verzichtete, unzulässig erscheine, so bleibt hier nur zu untersuchen, ob nicht das Basler Recht eine dieser theoretisch unrichtigen Ansichten gesetzlich sanctionirt habe.

Aus der Definition des Repräsentationsrechtes, welche bei Gelegenheit des Eintritts des Geschwisterkindes in §. 606 gegeben wird: es sei die Gerechtigkeit, daß jemand in seiner Eltern Statt und Grad eintreten, und von derselben wegen mit andern, dem Verstorbenen in näherem Grad Verwandten succediren und erben möge, läßt sich weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas ableiten. Ebensowenig aus §. 579, daß Kindeskinder an ihres verstorbenen Vaters oder Mutter Statt einstehen, oder aus §. 604, wo die gleichen Worte für die dritte Klasse vorkommen, da diese Worte nur eine Uebersetzung der in der Novelle vorkommenden enthalten. Wichtiger dagegen sind die Bestimmungen des §. 582: „Da aber ein Kind oder Kindeskind sich seiner väter- oder mütterlichen, großväter- oder großmütterlichen Erbschaft enthalten und selbige repudiirt, oder doch auch Kinder hätte, treten dieselben Kinder, wenn sie wollen, an ihres Vaters oder Mutter Statt und erben neben andern Kindern oder Kindeskindern zum Stammtheil nicht anders, als wenn ihr Vater oder Mutter, so der Erbschaft wegen ein Verzug gethan, Tods vergangen wäre; es wäre denn Sach, daß solcher Verzug zum Schaden und Nachtheil deren Creditorum vorgenommen worden.“ Ist nun gleich für die zweite der dem Repräsentationsrecht untergelegten Bedeutungen entschieden verneint, so könnte man doch in Betreff der ersten eine Bejahung aus dem Schluß des §. herzuleiten veranlaßt sein. Denn wenn die Creditoren bei Lebzeiten des Vormanns nicht verkürzt werden sollen, wel-

Digitized by Google

cher Grund wäre vorhanden, seinem Tode diese Wirkung beizulegen? Gleichwohl sind beide Fälle, welche nach Römischem Recht in der Regel unter dieselbe Categorie fallen, hier völlig verschieden. Das Römische Recht verlangt, abgesehen von den Fällen der Suität, zur Erwerbung der Erbschaft die Acquisition; im alten deutschen Recht dagegen fallen Anfall und Erwerb nach der Parömie: „der Todte erbt den Lebendigen" stets zusammen. Folgt nun gleich die Gerichtsordnung im Uebrigen in der Lehre von den Wirkungen der Acquisition einer Erbschaft den strengen Grundsätzen des Römischen Rechts, so statuirt sie doch keinen Unterschied zwischen Delation und Erwerb, und ist insofern den Grundsätzen des deutschen Rechts treu geblieben. Dies ergiebt sich aus dem ganzen Tit. 16. Thl. 3. von Antretung und Repudiation der Erbschaft, insonderheit aus dem letzten §. 543, und ist im Einzelnen an mehreren andern Stellen §§. 505. 508. 509 zur Anwendung gebracht worden. Verfolgt man nun die Consequenzen der deutschen Rechtsregel, so ergiebt sich die Verschiedenheit unter beiden obgenannten Fällen von selbst. Der Descendent, oder das Geschwister, welchem eine Erbschaft angefallen und mithin auch erworben ist, disponirt im Fall der Insolvenz, indem er verzichtet, unerlaubter Weise über das Recht seiner Creditoren: verstarb er dagegen vor dem Erblasser, so kann von keinem Anfall, mithin auch von keinem Erwerb die Rede sein, und die später Berechtigten treten an seine Stelle, ohne die Verpflichtung, Erben des Vormanns geworden zu sein, oder die Schulden zu bezahlen.

In genauem Zusammenhang mit dem Ebenerörterten steht eine andere Frage: ob jemand, welcher mit Andern concurrirt, und nach der Delation ausfällt, seinem Miterben, oder seinem Folgeerben Platz macht, mit andern Worten: ob in einem solchen Fall das Accrescenzrecht eintrete, oder die später Berechtigten, welche concurrirt haben würden, wenn sie nicht durch ihre Ascendenten ausgeschlossen wären. Ausgemacht ist hier nach gemeinem Recht, daß, wenn die, welche wirklich Erben werden, solche Personen sind, die schon für sich allein den Entfernten ausgeschlossen hätten, die vacanten Portionen ihnen accresciren, und eine Folge der Grade nicht Statt finde. So in der Ordnung der Ascendenten. Dagegen findet noch jetzt eine Verschiedenheit der Ansichten in dem Fall Statt, wo die Miterben für sich allein den Entfernten nicht ausgeschlossen hätten.

Digitized by Google

Da die Meinung, welche einen Unterschied macht zwischen dem Fall, wo der Ausfallende die Erbschaft ausschlug, und dann, wo er vor erfolgtem Erwerb verstirbt, aller innern Haltbarkeit ermangelt, so bleibt uns die Wahl zwischen dem Accrescenzrecht und der Gradfolge. Und hier wird man sich für das Erste entscheiden müssen, theils weil die zweite Ansicht den gemeinrechtlichen Quellen fremd ist, theils weil durch dieselbe oft eine ganz neue Vertheilung der Erbschaft nothwendig gemacht würde, und man in den Fall käme, bereits deferirte oder gar erworbene Antheile zu schmälern. Gleichwohl wird nach dem Satz: le mort saisit le vif für die Gerichtsordnung die zweite Ansicht durchgängig zu befolgen sein, und zwar nicht bloß in dem Fall des §. 582, wo dieses ausdrücklich bestimmt ist, sondern auch in allen übrigen Fällen der dritten Klasse, da nach dem Erwerb der Erbschaft von einem Anwachsungsrecht überhaupt nicht mehr die Rede sein kann.

Schließlich ist noch die Frage hier zu erörtern, nach welchem Zeitpunct die gesetzliche Erbfolgeberechtigung zu bestimmen sei. Die Intestaterbfolge tritt alsdann ein, sobald es gewiß ist, daß Niemand aus einem Testament, und wie man für das Recht der Gerichtsordnung, welches in §. 496 die Regel: nemo pro parte testatus etc. bricht, hinzusetzen muß, ganz oder theilweise Erbe werden kann. Diese Gewißheit ist bei dem Tode des Erblassers alsdann vorhanden, wenn überhaupt kein Testament sich vorfindet, oder wenn das vorhandene entweder von Anfang an ungültig war, oder es bei Lebzeiten des Testators geworden ist. Sie kann aber auch erst nach dem Tode des Testators hervortreten, wenn bei dem Tode desselben ein gültiges Testament da war, welches in der Folge seine Kraft verliert, und in diesem Fall werden die Intestaterben sein, welche das Gesetz in dem Moment der Entkräftung beruft, nicht aber diejenigen, welche es im Augenblick des Todes gewesen sein würden. Von selbst versteht es sich dabei, daß eine Berechtigung in diesen Momenten nur angenommen werden kann, wenn der Prätendent in ihnen wenigstens schon concipirt (§. 583) und erbfähig ist.

Anlangend sodann die allgemeinen Principien der dritten Frage, wie die Erbschaft vertheilt wird, so ist die Vertheilungsart nach demselben Zeitpunct zu bestimmen, wie die Nähe, und für das Recht der Gerichtsordnung nur zu bemerken, daß die Linealtheilung des Römischen Rechts ihr fremd ist.

Digitized by Google

Wir wenden uns jetzt zu den Klassen im Einzelnen.

I. In der ersten Klasse sind berechtigt die Descendenten, unter der väterlichen Gewalt und Entlassene, Männer wie Weiber ersten Grades und entferntere. Das alte Basler Recht folgte in letzter Beziehung früher den Grundsätzen des Deutschen Rechts, wornach auch in der Parentel des Erblassers die Gradesnähe einen absoluten Vorzug gewährte. Erst nachdem durch die Reichsabschiede von 1478 §. 37, von 1500 Art. 19, und von 1521 §. 18 das deßfallsige Recht der gesammten Descendenz anerkannt war, wurde in Basel mit ausdrücklicher Beziehung darauf, Donnerstag vor Martini 1522, das Recht der Kindeskinder anerkannt [17]), und erst ein Jahrhundert später, den 24. August 1631 [18]), dem Repräsentationsrecht in infinitum Statt und Platz gegeben. Den Ehelichen stehen jetzt die durch nachfolgende Ehe Legitimirten völlig gleich. Von Adoptiv- und arrogirten Kindern ist keine Rede. Bei der Einkindschaft ist zu scheiden, ob Kinder von beiden Gatten zugebracht wurden oder nur von einem. In jenem Fall findet absolut ein Erbrecht in das Vermögen des gemachten Vater oder Mutter Statt, in diesem nur unter der Voraussetzung, daß die neue Ehe beerbt war und blieb. Ausgemacht ist, daß durch die Einkindschaft kein Erbrecht gegen die Ascendenten oder Collateralen des gemachten Vaters oder Mutter begründet wird. Ob aber im Fall der Vertrag keine ausdrückliche Meldung der Kindeskinder u. s. f. thut, diese an die Stelle der Eltern vermöge des Repräsentationsrechtes treten, muß um so mehr zweifelhaft genannt werden, da in der Gerichtsordnung, welche hier ganz dem Würtembergischen Landesrecht als Quelle folgt, die deßfallsige bejahende Bestimmung des letzteren [19]) nicht aufgenommen ist. Ein gleicher Zweifel entsteht in Betreff der Descendenz unehelicher Kinder, da weder in der Verordnung vom 20. Decbr. 1809, noch in der Ehegerichtsordnung §. 91 dieses Falles überhaupt Erwähnung geschehen ist. Allein hier dürfte die wenige Begünstigung, welche die bisherige Gesetzgebung diesen Kindern angedeihen ließ, ein entscheidendes Argument für die Verneinung des Repräsentationsrechtes enthalten, wenn gleich ein in-

17) Frey §. 94.

18) Frey §. 138.

19) Thl. 3. Tit. 9. §. Und ist hiebei zu wissen.

Digitized by Google

nerer Grund für die Annahme dieser Bestimmung, da derzeit nach der Ehegerichtsordnung das uneheliche Kind selbst in die Lage versetzt werden kann, die Großeltern zu beerben, nicht abzusehen ist. Und so ist es dann auch von selbst klar, daß von einer Ausdehnung des Rechts der Concubinenkinder auf den väterlichen Nachlaß in Basel in keiner Weise die Rede sein kann.

Kinder ersten Grades erben auch hier nach Kopftheilen, die entfernteren dagegen — insofern sie nach der bisherigen Entwickelung überhaupt ein Erbrecht haben — nach Stammtheilen; doch gelangen die letztere nur dann zur Perception, wenn sie unmittelbare Descendenten geworden sind. Also ganz adäquat den Römischen Grundsätzen, jedoch mit folgenden Ueberbleibseln des Deutschen Rechts:

a) Unmündige und unerzogene Kinder sollen einen Voraus genießen im Fall der Concurrenz mit erwachsenen und erzogenen; eine Bestimmung, welche nur dann nicht zur Willkühr führt, wenn die Eltern genaue Rechnung über die Kosten der einzelnen Kinder halten.

b) Knaben sollen des Vaters Kleider, Kleinodien, Leibsangehörden und Gewehr; Töchter jene der Mutter erhalten. §. 592. Diese Bestimmung ist aus einem Rechtserkenntniß, Mittwoch vor Mäthäi 1506, bestätigt 1646 [20]) geflossen, wo jedoch statt des Gewehrs noch Roß und Harnisch genannt werden, auch der Zusatz der Gerichtsordnung, daß Beides an Werth in Proportion stehen müsse, sich nicht findet. Es ist dieses ein Ueberbleibsel des Heergeräths und der Gerade, jedoch in modificirter Gestalt.

c) Das Recht der Prärogation auf Bibliotheken und Handwerkszeug nach Schätzung für die Söhne. §. 595. 596.

II. In der zweiten Klasse erben Vater und Mutter mit Ausschluß aller fernern Verwandten. Dieses Vorrecht vor den Geschwistern hat sich aus dem Deutschen Recht erhalten, wo Vater und Mutter in der zweiten Parentel alle Uebrigen ausschließen. Im Fall einer Einkindschaft können hier auch die gemachten Väter und Mütter eine Stelle einnehmen, §. 486. Die Vertheilung geschieht nach Kopftheilen.

---

20) Frey §. 71.

Digitized by Google

III. In der dritten sind berufen die entfernteren Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und beider Söhne und Töchter.

Unter den Ascendenten sind hier nur leibliche eheliche zu verstehen. Arrogation, Adoption und uneheliche Geburt kommen überhaupt nicht in Betracht, und die Einkindschaft erstreckt ihre Wirkungen nicht so weit, §. 486.

Bei den vollbürtigen Geschwistern gilt die bei Gelegenheit des Römischen Rechts gemachte Bemerkung hier um so mehr.

Bei den halbbürtigen kommen Adoption und außereheliche Geburt nicht in Betracht, und ebensowenig eine etwaige Einkindschaft, §. 495. Die Gleichstellung der halben und vollen Geburt ist ein Rest germanischer Rechtsansichten, und wenn Montag nach Ottmary 1512 beschlossen ward, „daß von nun an die Halbgeschwister mit den vollen zu gleichen Theilen erben sollen" [21]), so darf man sich nicht etwa vorstellen, daß vor diesem in die Gerichtsordnung übergegangenen Beschluß etwa reines Römisches Recht in diesem Punkte gegolten, sondern es ist an die Aufhebung von Unterschieden zu denken, wie sie die Spiegel und andere Statuten darbieten.

Bei den Söhnen und Töchtern der Vorgenannten kann Adoption und außereheliche Geburt natürlich kein Recht verleihen; ebensowenig wie Einkindschaft. Das Repräsentationsrecht dieser Personen, im gemeinen Recht schon durch die Reichsabschiede von 1521, §. 19. 20 und von 1529 §. 31 befestigt, gelangte in Basel erst den 14. August 1631 zur Anerkennung und ward den 19. Sept. 1635 von neuem bestätigt [22]).

Unter den Ascendenten gewährt auch hier die Nähe des Grades einen absoluten Vorzug, Geschwisterkinder dagegen werden durch ihre Eltern ausgeschlossen. Mithin gelten in Betreff des Verhältnisses der hier berechtigten Personen zu einander in der Gerichtsordnung ganz die Grundsätze des Römischen Rechts, indem den 19. Sept. 1635 [23]) die bis dahin dem Deutschen Recht ganz conforme Sitte, daß Geschwister die Großeltern ausschloßen, aufgehoben wurde.

21) Frey §. 87.
22) Frey §§. 139. 140.
23) Frey §. 139.

Digitized by Google

Bei der Vertheilung sind folgende Fälle möglich:

1) Ascendenten allein bekommen Kopftheile, indem das Römischen Princip der Linealtheilung aufgegeben ist.

2) Vollbürtige Geschwister, ebenso.

3) Halbbürtige " "

4) Vollbürtiger Geschwister, Söhne und Töchter, ebenso.

5) Halbbürtiger " " " " "

Für das Theilungsprincip bei nro. 4. und 5. giebt der deßfallsige erste Beschluß vom 14. August 1631 [24]), welcher also das deutsche Princip hier aufrecht erhält, den sehr wichtigen Grund an, „weil sie alle dem Verstorbenen in gleichem Grade verwandt", und mithin präsumtiv gleich werth sein; ein Grund, welcher auch bei der Entscheidung sub nr. 1 Platz greift.

6) Ascendenten und vollbürtige Geschwister, nach Köpfen.

7) Ascendenten und halbbürtige Geschwister, ebenso.

8) Ascendenten und vollbürtige Geschwisterkinder; erstere nach Köpfen, letztere nach Stämmen.

9) Ascendenten und halbbürtige Geschwisterkinder, ebenso.

10) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, nach Köpfen.

11) Vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter; erstere nach Köpfen, letztere nach Stämmen.

12) Vollbürtige Geschwister und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

13) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

14) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

15) Vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter, nach Köpfen.

16) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, ebenso.

17) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter; die ersten beiden nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.

18) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

---

24) Frey §. 140.

Digitized by Google

19) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

20) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter, ebenso.

21) Ascendenten, vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter; die ersten nach Köpfen, die beiden letzteren nach Stämmen.

22) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter; die beiden ersten nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.

23) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

24) Vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die ersten nach Köpfen, die beiden letzteren nach Stämmen.

25) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

26) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter; die drei ersten nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.

27) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

28) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die beiden ersten nach Köpfen, die beiden letzten nach Stämmen.

29) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

30) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

31) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die drei ersten nach Köpfen, die beiden letzten nach Stämmen.

Mithin mit Ausnahme der Abweichung bei den Ascendenten ganz das Princip des Römischen Rechts.

IV. Dasselbe findet in der letzten Klasse in aller Maaße Statt, wenn man, wie überall, Arrogation, Adoption und uneheliche Geburt nicht in Betracht zieht.

Digitized by Google

Von den Fällen der außerordentlichen Erbfolge wird

1) das Recht der dürftigen Witwe in der Gerichtsordnung und sonst nirgends erwähnt, und kann auch neben dem statutarischen Rechte der Ausweisung nicht wohl vorkommen. Wohl aber

2) das Recht des überlebenden Gatten, §. 618.

3) Von den Rechten der Corporationen wird erwähnt:

a) in einem Beschluß von Montag St. Gallentag 1503 [25]) das Recht der Stadt auf den Nachlaß eines von ihr unterstützten Bettlers;

b) in einem Beschluß vom 16. October 1678 [26]) das Recht der Armenanstalt auf den Nachlaß des im Waisenhause verstorbenen Waisen.

Den Beschluß macht hier, wie im Römischen Recht:

4) das Erbrecht des Fiscus, §. 618.

---

25) Frey §. 80.

26) Frey §. 202.

Digitized by Google

# V.

# Die Abtheilung und Abschichtung der Kinder

nach

## Lübschem Recht, mit Berücksichtigung der durch Gewohnheit und particulare Verordnungen in Holstein bewirkten Modificationen.

Von

einem holsteinschen Rechtsgelehrten.

---

Unter den deutschen Particularrechten ist das Lübsche, als eins der verbreitetsten und ältesten, von jeher sehr fleißig bearbeitet worden, was nicht nur die vielen Codices, sondern noch mehr ausführliche Commentare und zahlreiche Abhandlungen beweisen. Vorzüglich ein Theil desselben, die Lehre von den Güterverhältnissen der Ehegatten, hat die größte schriftstellerische Thätigkeit hervorgerufen, und dennoch ist eine Seite desselben, wenn auch nicht ganz übersehen, doch nicht mit der Sorgfalt und Ausführlichkeit, und noch weniger in dem Zusammenhange behandelt worden, wie sie es ihres Interesses und ihrer Wichtigkeit halber verdiente: die Art und Weise nemlich, wie die von überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgelöst wird, und die Wirkungen dieser Auflösung. Mevius und Stein in ihren Commentaren zum Lübschen Recht haben freilich auch alle Einzelnheiten dieses Punktes bearbeitet, aber Manches ganz falsch, und, als natürliche Folge der von ihnen befolgten Legalmethode, ohne Zusammenhang dargestellt. Carstens in seinen Beiträgen II, 24 hat höchst oberflächlich, und Pauli: die ehelichen Erbrechte, vorzüglich mit Berücksichtigung alter Urkunden, gearbeitet, wodurch er sich mitunter hat verführen lassen, diesen mehr als dem Recht selbst zu trauen, und andere Theile dieser Lehre, über die ihm vielleicht Urkunden fehlten, ganz zu übergehen. Da



Digitized by Google

aber eine ausführliche Darstellung und genaue Bestimmung dieses Verhältnisses nicht nur wegen seines genauen Zusammenhangs mit der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft für Alle ein theoretisches Interesse gewährt, sondern auch in einem Theil Deutschlands von der größten Wichtigkeit für die Praxis ist, weil eine nicht geringe Anzahl Processe zwischen Eltern und Kindern, und noch mehr zwischen Geschwistern über die Abtheilung vom elterlichen Vermögen entstehen, so habe ich mich bemüht, diese Lehre so ausführlich und detaillirt wie möglich zu bearbeiten, und neben der logischen Zergliederung auch die mehr praktischen Fragen stets im Auge zu behalten. Diese Rücksicht auf die praktische Wichtigkeit hat mich ebenfalls bewogen, die in Holstein geltenden Gewohnheiten und Verordnungen zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen zu benutzen, wodurch ich indeß keineswegs das Interesse der Theoretiker für diese Lehre verringert zu haben fürchte, da eben durch die Wechselwirkung der Praxis und Theorie manche Theile erst ins rechte Licht gestellt werden.

Die früher allgemein angenommene eheliche Gütergemeinschaft des Lübschen Rechts ist in neuerer Zeit von vielen Schriftstellern geläugnet worden[1]. Auch läßt sich nicht läugnen, daß, wenn man einen von der Theorie aufgestellten Begriff der ehelichen Gütergemeinschaft, es sei welcher es wolle, der societas, universitas, communio nach ideelen oder reellen Theilen, mit seinen Merkmalen und Kennzeichen voranstellt, und das Lübsche Recht damit vergleicht, derselbe bald hier, bald da nicht passen will, wiewohl er in anderer Hinsicht wieder zutrifft. Auch müßte man sich wundern, wäre es anders, wenn ein Recht, das sich allmählig durch Gewohnheit und augenblickliches Bedürfniß gebildet hat, auf welches theils das Nordische, theils das Römische, theils andere deutsche Rechte eingewirkt haben, mit dem von der Theorie aufgestellten abstrakten Schulbegriff übereinstimmte. Auf dieselbe Weise verhält es sich mit der communio prorogata, welche früher allgemein angenommen,

1) von Cropp in den Hdlb. Jahrb., 1823; in Heise's und Cropp's jurist. Abhdlgen II, 425 ff.; Behn, die ehel. Güterrechte des Lübsch. Rechts; Pauli, die ehel. Erbrechte des Lüb. Rechts; Sarauw, Prüfung der bisherigen Ansichten von ehelicher G. G. in den Herzogthümern Schleswig u. Holstein, in Falck's neuem staatsbürgerl. Magazin, Bd. VI; Falck, Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatrechts IV, S. 458.

Digitized by Google

jetzt, wenigstens in der üblichen Bedeutung, geläugnet wird. So wie aber während der Ehe, falls sie beerbt ist, das beiderseitige Vermögen der Ehegatten in ein Verhältniß tritt, das, durchaus verschieden von dem römischen Dotalsystem, eine Vereinigung darstellt, die einer Gütergemeinschaft sehr ähnlich ist; eben so ist auch bei der communio prorogata das Vermögen der Eltern und Kinder in ein Gesammtvermögen übergegangen, an dem beiden ideelle Theile zustehen. Stirbt der Mann oder die Frau aus einer beerbten Ehe, so bleiben die Güter zwischen dem parens superstes und den Kindern nach

Revid. Lüb. R. II, 2, 28: ungeschichtet und ungetheilet, und:
— — — — 26: ihr Gut ist zusammen ungescheiden;
— — — — 16: fällt einem Wittwer oder — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen;
— — — — 28: ist da auch Schuld vorhanden, die soll man von dem gemeinen Gut zuvor bezahlen.

Der par. superstes hat die Verwaltung, aber beschränkt, vorzüglich wenn die Frau die überlebende ist; den Nießbrauch haben beide, und bei der Theilung zerfällt das Vermögen in gleiche Theile[2]).

Dieß Verhältniß ist anerkannt durch die Holsteinische Vormünderverordnung vom 13. Sept. 1743,

§. 2. — — Kinder, während sie mit ihrem Vater in der Gemeinschaft stehen — — — Güter in die Gemeinschaft bringen.
§. 4. — — d. nachlebende Wittwer aber mit den Kindern in ungetheilten Gütern zu bleiben befugt sein.

Der Vater hat die Verwaltung, beschränkt auch die Mutter; nach demselben citirten § haftet die Gemeinschaft für die Schulden, die Theilung geschieht nach jeden Orts Rechten.

Hiernach kann nicht zweifelhaft sein, daß sowohl nach Lübschem Recht, als auch insbesondere nach Holsteinischem Particularrecht zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern eine Vereinigung des Vermögens stattfindet, mag man sie fortgesetzte Gemeinschaft (communio prorogata) nennen oder nicht, von der der Schluß auf ein schon während der Ehe bestehendes ähnliches Verhältniß nahe liegt.

2) R. L. R. I, 10, 6.; II, 2, 2, 3 u. 8.



Digitized by Google

Durch die Annahme, daß die Kinder vermöge Erbrechts an die Stelle des verstorbenen parens getreten sind, erklärt sich dieß Verhältniß wenigstens leichter, als auf jede andere Weise, durch die man dasselbe als neu entstanden schildert. Außerdem stimmt eine solche Einrichtung mehr mit dem Wesen und Geiste des deutschen Familienlebens überein, da hier alle zur Familie Vereinte als gleiche erschienen, während nach Römischem Rechte Alle dem pater familias unterworfen waren. Die nähere Auseinandersetzung und der Beweis dieser Ansicht über Wesen und Entstehung der ehelichen Gütergemeinschaft und der communio prorogata ist indeß nicht die Aufgabe dieser Abhandlung, es war nur erforderlich, daß vor der Darstellung der Auflösung eines Verhältnisses das Wesen desselben in seinen allgemeinsten Umrissen und seiner Gültigkeit angegeben werde. Da ich glaube, daß dieß durch jene Citate, die von einer allgemeinen Praxis unterstützt werden, hinreichend geschehen ist, so gehe ich über zum eigentlichen Thema.

Die Auflösung der communio prorogata erfolgt entweder durch Vertrag, indem nach beiderseitiger Uebereinkunft den Kindern ein Theil des Gesammtvermögens überwiesen wird, wodurch alle Ansprüche derselben an das elterliche Vermögen aufhören [3]); oder durch Gesetz, nemlich beim Tode des Ueberlebenden oder der Kinder; oder beim Eintreten gewisser Verhältnisse, in denen die Obrigkeit sie veranlassen muß; oder auf einseitigen Antrag eines der Interessenten, dem der andere willfahren muß. In den beiden letzten Fällen erhält das Kind entweder den ihm gebührenden Antheil vom väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich, oder nur von dem des Verstorbenen, jenes gewöhnlicher im ältern Statut, dieses im revidirten Recht. Diese verschiedene Auflösung des Verhältnisses kann eintreten entweder in Beziehung auf Ein, oder mehrere, oder alle Kinder; die Theile konnten nur genannt und versprochen, oder reell ausgekehrt werden. Wahrlich eine Menge von Möglichkeiten, wie sie nur in wenigen Theilen des Rechts sich findet, und man kann sich mit Recht wundern, daß der Streit über die Art und Weise dieser Theilung, über die Wirkungen derselben, nicht noch umfassender und allgemeiner geworden, als wirklich der Fall ist, bedenkt

3) Auf diese vertragsmäßige Auflösung beziehen sich allein R. Lüb. Recht II, 2, 33 u. 34, was oft verkannt ist.

Digitized by Google

man, daß außerdem für alle diese Verhältnisse die Worte: Abfindung, Abtheilung, Abschichtung, Absonderung, Aussteuer, Ausspruch, Theilung, Beirath, nicht nur von den verschiedenen Schriftstellern in verschiedener Bedeutung gebraucht werden, sondern daß häufig Ein und derselbe Schriftsteller bald dieß bald jenes Wort für Ein und dasselbe Verhältniß gebraucht.

Um nicht in denselben Fehler zu verfallen will ich im Voraus angeben, in welcher Bedeutung ich jene Worte gebrauchen werde. Aussteuer sei dasjenige Vermögensquantum, welches Jemand bei Eingehung der Ehe zur Erleichterung der Lasten derselben, Beirath, zum Beginn eines bürgerlichen Geschäfts erhält, ohne daß dadurch die Gütergemeinschaft zwischen Eltern und Kindern aufgelöst wird; die Kinder bleiben in der Gemeinschaft, also gehört dieß Verhältniß hier gar nicht her. Abtheilung findet Statt, erhält Jemand die ihm zukommende Quote vom Vermögen des verstorbenen parens, Abschichtung vom Gesammtvermögen, entweder durch Bestimmung der Hälfte, wenn ein einziges Kind, oder eines Kopftheils der Hälfte, wenn mehrere. Abfindung ist der Erbvertrag, durch welchen Jemand gegen eine Gegenleistung seinem Recht am Gesammtvermögen entsagt. In den beiden letzten Fällen sind die Kinder abgetheilte und abgesonderte, die hinsichtlich der Erbrechte gegen die Eltern und gegen einander besonders bevorzugt oder benachtheiligt sind. Alle diese genannten neuen Verhältnisse können entweder mittelst eines Ausspruchs eintreten, Namhaftmachung und Versprechen der bestimmten Quote, oder durch Theilung, reelle Auseinandersetzung und Auskehrung. Noch mehr aber als durch eine feste Begriffsbestimmung wird die Bearbeitung dadurch erleichtert und vereinfacht, daß nicht alle jene Verhältnisse, durch welche eine Auflösung der Gütergemeinschaft bewirkt wird, einer besondern Auseinandersetzung bedürfen. Wird nemlich die communio prorogata durch den Tod aufgelöst, so kommen die Bestimmungen des Erbrechts zur Anwendung; geschieht es durch Vertrag, die allgemeinen Grundsätze über Verträge; so daß nur zwei Verhältnisse übrig bleiben, welche einer besondern Ausführung bedürfen, da sie sich eigenthümlich in den Deutschen Partikularrechten, vorzüglich im Lübschen Recht gestaltet haben, nemlich die Abtheilung und die Abschichtung. Durch jene erhalten die Kinder nur die ihnen beikommende Quote des Vermögens des Verstorbenen, durch diese ihre Quote des Ge-

Digitized by Google

nerer Grund für die Annahme dieser Bestimmung, da derzeit nach der Ehegerichtsordnung das uneheliche Kind selbst in die Lage versetzt werden kann, die Großeltern zu beerben, nicht abzusehen ist. Und so ist es dann auch von selbst klar, daß von einer Ausdehnung des Rechts der Concubinenkinder auf den väterlichen Nachlaß in Basel in keiner Weise die Rede sein kann.

Kinder ersten Grades erben auch hier nach Kopftheilen, die entfernteren dagegen — insofern sie nach der bisherigen Entwickelung überhaupt ein Erbrecht haben — nach Stammtheilen; doch gelangen die letztere nur dann zur Perception, wenn sie unmittelbare Descendenten geworden sind. Also ganz adäquat den Römischen Grundsätzen, jedoch mit folgenden Ueberbleibseln des Deutschen Rechts:

a) Unmündige und unerzogene Kinder sollen einen Voraus genießen im Fall der Concurrenz mit erwachsenen und erzogenen; eine Bestimmung, welche nur dann nicht zur Willkühr führt, wenn die Eltern genaue Rechnung über die Kosten der einzelnen Kinder halten.

b) Knaben sollen des Vaters Kleider, Kleinodien, Leibsangehörden und Gewehr; Töchter jene der Mutter erhalten. §. 592. Diese Bestimmung ist aus einem Rechtserkenntniß, Mittwoch vor Mäthäi 1506, bestätigt 1646 [20]) geflossen, wo jedoch statt des Gewehrs noch Roß und Harnisch genannt werden, auch der Zusatz der Gerichtsordnung, daß Beides an Werth in Proportion stehen müsse, sich nicht findet. Es ist dieses ein Ueberbleibsel des Heergeräths und der Gerade, jedoch in modificirter Gestalt.

c) Das Recht der Prärogation auf Bibliotheken und Handwerkszeug nach Schätzung für die Söhne. §. 595. 596.

II. In der zweiten Klasse erben Vater und Mutter mit Ausschluß aller fernern Verwandten. Dieses Vorrecht vor den Geschwistern hat sich aus dem Deutschen Recht erhalten, wo Vater und Mutter in der zweiten Parentel alle Uebrigen ausschließen. Im Fall einer Einkindschaft können hier auch die gemachten Väter und Mütter eine Stelle einnehmen, §. 486. Die Vertheilung geschieht nach Kopftheilen.

---

20) Frey §. 71.

Digitized by Google

III. In der dritten sind berufen die entfernteren Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und beider Söhne und Töchter.

Unter den Ascendenten sind hier nur leibliche eheliche zu verstehen. Arrogation, Adoption und uneheliche Geburt kommen überhaupt nicht in Betracht, und die Einkindschaft erstreckt ihre Wirkungen nicht so weit, §. 486.

Bei den vollbürtigen Geschwistern gilt die bei Gelegenheit des Römischen Rechts gemachte Bemerkung hier um so mehr.

Bei den halbbürtigen kommen Adoption und außereheliche Geburt nicht in Betracht, und ebensowenig eine etwaige Einkindschaft, §. 495. Die Gleichstellung der halben und vollen Geburt ist ein Rest germanischer Rechtsansichten, und wenn Montag nach Ottmary 1512 beschlossen ward, „daß von nun an die Halbgeschwister mit den vollen zu gleichen Theilen erben sollen" [21]), so darf man sich nicht etwa vorstellen, daß vor diesem in die Gerichtsordnung übergegangenen Beschluß etwa reines Römisches Recht in diesem Punkte gegolten, sondern es ist an die Aufhebung von Unterschieden zu denken, wie sie die Spiegel und andere Statuten darbieten.

Bei den Söhnen und Töchtern der Vorgenannten kann Adoption und außereheliche Geburt natürlich kein Recht verleihen; ebensowenig wie Einkindschaft. Das Repräsentationsrecht dieser Personen, im gemeinen Recht schon durch die Reichsabschiede von 1521, §. 19. 20 und von 1529 §. 31 befestigt, gelangte in Basel erst den 14. August 1631 zur Anerkennung und ward den 19. Sept. 1635 von neuem bestätigt [22]).

Unter den Ascendenten gewährt auch hier die Nähe des Grades einen absoluten Vorzug, Geschwisterkinder dagegen werden durch ihre Eltern ausgeschlossen. Mithin gelten in Betreff des Verhältnisses der hier berechtigten Personen zu einander in der Gerichtsordnung ganz die Grundsätze des Römischen Rechts, indem den 19. Sept. 1635 [23]) die bis dahin dem Deutschen Recht ganz conforme Sitte, daß Geschwister die Großeltern ausschloßen, aufgehoben wurde.

---

21) Frey §. 87.

22) Frey §§. 139. 140.

23) Frey §. 139.

Digitized by Google

Bei der Vertheilung sind folgende Fälle möglich:

1) Ascendenten allein bekommen Kopftheile, indem das Römischen Princip der Linealtheilung aufgegeben ist.

2) Vollbürtige Geschwister, ebenso.

3) Halbbürtige " "

4) Vollbürtiger Geschwister, Söhne und Töchter, ebenso.

5) Halbbürtiger " " " " "

Für das Theilungsprincip bei nro. 4. und 5. giebt der deßfallsige erste Beschluß vom 14. August 1631 [24]), welcher also das deutsche Princip hier aufrecht erhält, den sehr wichtigen Grund an, „weil sie alle dem Verstorbenen in gleichem Grade verwandt", und mithin präsumtiv gleich werth sein; ein Grund, welcher auch bei der Entscheidung sub nr. 1 Platz greift.

6) Ascendenten und vollbürtige Geschwister, nach Köpfen.

7) Ascendenten und halbbürtige Geschwister, ebenso.

8) Ascendenten und vollbürtige Geschwisterkinder; erstere nach Köpfen, letztere nach Stämmen.

9) Ascendenten und halbbürtige Geschwisterkinder, ebenso.

10) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, nach Köpfen.

11) Vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter; erstere nach Köpfen, letztere nach Stämmen.

12) Vollbürtige Geschwister und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

13) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

14) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

15) Vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter, nach Köpfen.

16) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, ebenso.

17) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter; die ersten beiden nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.

18) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.

24) Frey §. 140.

Digitized by Google

19) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
20) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener Söhne und Töchter, ebenso.
21) Ascendenten, vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter; die ersten nach Köpfen, die beiden letzteren nach Stämmen.
22) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter; die beiden ersten nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.
23) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
24) Vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die ersten nach Köpfen, die beiden letzteren nach Stämmen.
25) Halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
26) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger Söhne und Töchter; die drei ersten nach Köpfen, die letzten nach Stämmen.
27) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
28) Ascendenten, vollbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die beiden ersten nach Köpfen, die beiden letzten nach Stämmen.
29) Ascendenten, halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
30) Vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter, ebenso.
31) Ascendenten, vollbürtige und halbbürtige Geschwister, und vorverstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Söhne und Töchter; die drei ersten nach Köpfen, die beiden letzten nach Stämmen.

Mithin mit Ausnahme der Abweichung bei den Ascendenten ganz das Princip des Römischen Rechts.

IV. Dasselbe findet in der letzten Klasse in aller Maaße Statt, wenn man, wie überall, Arrogation, Adoption und uneheliche Geburt nicht in Betracht zieht.

Digitized by Google

Von den Fällen der außerordentlichen Erbfolge wird

1) das Recht der dürftigen Witwe in der Gerichtsordnung und sonst nirgends erwähnt, und kann auch neben dem statutarischen Rechte der Ausweisung nicht wohl vorkommen. Wohl aber

2) das Recht des überlebenden Gatten, §. 618.

3) Von den Rechten der Corporationen wird erwähnt:

a) in einem Beschluß von Montag St. Gallentag 1503 [25]) das Recht der Stadt auf den Nachlaß eines von ihr unterstützten Bettlers;

b) in einem Beschluß vom 16. October 1678 [26]) das Recht der Armenanstalt auf den Nachlaß des im Waisenhause verstorbenen Waisen.

Den Beschluß macht hier, wie im Römischen Recht:

4) das Erbrecht des Fiscus, §. 618.

---

25) Frey §. 80.

26) Frey §. 202.

Digitized by Google

V.

# Die Abtheilung und Abschichtung der Kinder

nach

## Lübschem Recht, mit Berücksichtigung der durch Gewohnheit und particulare Verordnungen in Holstein bewirkten Modificationen.

Von

einem holsteinschen Rechtsgelehrten.

---

Unter den deutschen Particularrechten ist das Lübsche, als eins der verbreitetsten und ältesten, von jeher sehr fleißig bearbeitet worden, was nicht nur die vielen Codices, sondern noch mehr ausführliche Commentare und zahlreiche Abhandlungen beweisen. Vorzüglich ein Theil desselben, die Lehre von den Güterverhältnissen der Ehegatten, hat die größte schriftstellerische Thätigkeit hervorgerufen, und dennoch ist eine Seite desselben, wenn auch nicht ganz übersehen, doch nicht mit der Sorgfalt und Ausführlichkeit, und noch weniger in dem Zusammenhange behandelt worden, wie sie es ihres Interesses und ihrer Wichtigkeit halber verdiente: die Art und Weise nemlich, wie die von überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgelöst wird, und die Wirkungen dieser Auflösung. Mevius und Stein in ihren Commentaren zum Lübschen Recht haben freilich auch alle Einzelnheiten dieses Punktes bearbeitet, aber Manches ganz falsch, und, als natürliche Folge der von ihnen befolgten Legalmethode, ohne Zusammenhang dargestellt. Carstens in seinen Beiträgen II, 24 hat höchst oberflächlich, und Pauli: die ehelichen Erbrechte, vorzüglich mit Berücksichtigung alter Urkunden, gearbeitet, wodurch er sich mitunter hat verführen lassen, diesen mehr als dem Recht selbst zu trauen, und andere Theile dieser Lehre, über die ihm vielleicht Urkunden fehlten, ganz zu übergehen. Da



Digitized by Google

aber eine ausführliche Darstellung und genaue Bestimmung dieses Verhältnisses nicht nur wegen seines genauen Zusammenhangs mit der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft für Alle ein theoretisches Interesse gewährt, sondern auch in einem Theil Deutschlands von der größten Wichtigkeit für die Praxis ist, weil eine nicht geringe Anzahl Processe zwischen Eltern und Kindern, und noch mehr zwischen Geschwistern über die Abtheilung vom elterlichen Vermögen entstehen, so habe ich mich bemüht, diese Lehre so ausführlich und detaillirt wie möglich zu bearbeiten, und neben der logischen Zergliederung auch die mehr praktischen Fragen stets im Auge zu behalten. Diese Rücksicht auf die praktische Wichtigkeit hat mich ebenfalls bewogen, die in Holstein geltenden Gewohnheiten und Verordnungen zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen zu benutzen, wodurch ich indeß keineswegs das Interesse der Theoretiker für diese Lehre verringert zu haben fürchte, da eben durch die Wechselwirkung der Praxis und Theorie manche Theile erst ins rechte Licht gestellt werden.

Die früher allgemein angenommene eheliche Gütergemeinschaft des Lübschen Rechts ist in neuerer Zeit von vielen Schriftstellern geläugnet worden[1]. Auch läßt sich nicht läugnen, daß, wenn man einen von der Theorie aufgestellten Begriff der ehelichen Gütergemeinschaft, es sei welcher es wolle, der societas, universitas, communio nach ideelen oder reellen Theilen, mit seinen Merkmalen und Kennzeichen voranstellt, und das Lübsche Recht damit vergleicht, derselbe bald hier, bald da nicht passen will, wiewohl er in anderer Hinsicht wieder zutrifft. Auch müßte man sich wundern, wäre es anders, wenn ein Recht, das sich allmählig durch Gewohnheit und augenblickliches Bedürfniß gebildet hat, auf welches theils das Nordische, theils das Römische, theils andere deutsche Rechte eingewirkt haben, mit dem von der Theorie aufgestellten abstrakten Schulbegriff übereinstimmte. Auf dieselbe Weise verhält es sich mit der communio prorogata, welche früher allgemein angenommen,

1) von Cropp in den Hdlb. Jahrb., 1823; in Heise's und Cropp's jurist. Abhdlgen II, 425 ff.; Behn, die ehel. Güterrechte des Lübsch. Rechts; Pauli, die ehel. Erbrechte des Lüb. Rechts; Sarauw, Prüfung der bisherigen Ansichten von ehelicher G. G. in den Herzogthümern Schleswig u. Holstein, in Falck's neuem staatsbürgerl. Magazin, Bd. VI; Falck, Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatrechts IV, S. 458.

Digitized by Google

jetzt, wenigstens in der üblichen Bedeutung, geläugnet wird. So wie aber während der Ehe, falls sie beerbt ist, das beiderseitige Vermögen der Ehegatten in ein Verhältniß tritt, das, durchaus verschieden von dem römischen Dotalsystem, eine Vereinigung darstellt, die einer Gütergemeinschaft sehr ähnlich ist; eben so ist auch bei der communio prorogata das Vermögen der Eltern und Kinder in ein Gesammtvermögen übergegangen, an dem beiden ideelle Theile zustehen. Stirbt der Mann oder die Frau aus einer beerbten Ehe, so bleiben die Güter zwischen dem parens superstes und den Kindern nach

Revid. Lüb. R. II, 2, 28: ungeschichtet und ungetheilet, und:
— — — — 26: ihr Gut ist zusammen ungescheiden;
— — — — 16: fällt einem Wittwer oder — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen;
— — — — 28: ist da auch Schuld vorhanden, die soll man von dem gemeinen Gut zuvor bezahlen.

Der par. superstes hat die Verwaltung, aber beschränkt, vorzüglich wenn die Frau die überlebende ist; den Nießbrauch haben beide, und bei der Theilung zerfällt das Vermögen in gleiche Theile[2]).

Dieß Verhältniß ist anerkannt durch die Holsteinische Vormünderverordnung vom 13. Sept. 1743,

§. 2. — — Kinder, während sie mit ihrem Vater in der Gemeinschaft stehen — — — Güter in die Gemeinschaft bringen.
§. 4. — — d. nachlebende Wittwer aber mit den Kindern in ungetheilten Gütern zu bleiben befugt sein.

Der Vater hat die Verwaltung, beschränkt auch die Mutter; nach demselben citirten § haftet die Gemeinschaft für die Schulden, die Theilung geschieht nach jeden Orts Rechten.

Hiernach kann nicht zweifelhaft sein, daß sowohl nach Lübschem Recht, als auch insbesondere nach Holsteinischem Particularrecht zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern eine Vereinigung des Vermögens stattfindet, mag man sie fortgesetzte Gemeinschaft (communio prorogata) nennen oder nicht, von der der Schluß auf ein schon während der Ehe bestehendes ähnliches Verhältniß nahe liegt.

---

2) R. L. R. I, 10, 6.; II, 2, 2, 3 u. 8.



Digitized by Google

Durch die Annahme, daß die Kinder vermöge Erbrechts an die Stelle des verstorbenen parens getreten sind, erklärt sich dieß Verhältniß wenigstens leichter, als auf jede andere Weise, durch die man dasselbe als neu entstanden schildert. Außerdem stimmt eine solche Einrichtung mehr mit dem Wesen und Geiste des deutschen Familienlebens überein, da hier alle zur Familie Vereinte als gleiche erschienen, während nach Römischem Rechte Alle dem pater familias unterworfen waren. Die nähere Auseinandersetzung und der Beweis dieser Ansicht über Wesen und Entstehung der ehelichen Gütergemeinschaft und der communio prorogata ist indeß nicht die Aufgabe dieser Abhandlung, es war nur erforderlich, daß vor der Darstellung der Auflösung eines Verhältnisses das Wesen desselben in seinen allgemeinsten Umrissen und seiner Gültigkeit angegeben werde. Da ich glaube, daß dieß durch jene Citate, die von einer allgemeinen Praxis unterstützt werden, hinreichend geschehen ist, so gehe ich über zum eigentlichen Thema.

Die Auflösung der communio prorogata erfolgt entweder durch Vertrag, indem nach beiderseitiger Uebereinkunft den Kindern ein Theil des Gesammtvermögens überwiesen wird, wodurch alle Ansprüche derselben an das elterliche Vermögen aufhören[3]); oder durch Gesetz, nemlich beim Tode des Ueberlebenden oder der Kinder; oder beim Eintreten gewisser Verhältnisse, in denen die Obrigkeit sie veranlassen muß; oder auf einseitigen Antrag eines der Interessenten, dem der andere willfahren muß. In den beiden letzten Fällen erhält das Kind entweder den ihm gebührenden Antheil vom väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich, oder nur von dem des Verstorbenen, jenes gewöhnlicher im ältern Statut, dieses im revidirten Recht. Diese verschiedene Auflösung des Verhältnisses kann eintreten entweder in Beziehung auf Ein, oder mehrere, oder alle Kinder; die Theile konnten nur genannt und versprochen, oder reell ausgekehrt werden. Wahrlich eine Menge von Möglichkeiten, wie sie nur in wenigen Theilen des Rechts sich findet, und man kann sich mit Recht wundern, daß der Streit über die Art und Weise dieser Theilung, über die Wirkungen derselben, nicht noch umfassender und allgemeiner geworden, als wirklich der Fall ist, bedenkt

3) Auf diese vertragsmäßige Auflösung beziehen sich allein R. Lüb. Recht II, 2, 33 u. 34, was oft verkannt ist.

Digitized by Google

man, daß außerdem für alle diese Verhältnisse die Worte: Abfindung, Abtheilung, Abschichtung, Absonderung, Aussteuer, Ausspruch, Theilung, Beirath, nicht nur von den verschiedenen Schriftstellern in verschiedener Bedeutung gebraucht werden, sondern daß häufig Ein und derselbe Schriftsteller bald dieß bald jenes Wort für Ein und dasselbe Verhältniß gebraucht.

Um nicht in denselben Fehler zu verfallen will ich im Voraus angeben, in welcher Bedeutung ich jene Worte gebrauchen werde. Aussteuer sei dasjenige Vermögensquantum, welches Jemand bei Eingehung der Ehe zur Erleichterung der Lasten derselben, Beirath, zum Beginn eines bürgerlichen Geschäfts erhält, ohne daß dadurch die Gütergemeinschaft zwischen Eltern und Kindern aufgelöst wird; die Kinder bleiben in der Gemeinschaft, also gehört dieß Verhältniß hier gar nicht her. Abtheilung findet Statt, erhält Jemand die ihm zukommende Quote vom Vermögen des verstorbenen parens, Abschichtung vom Gesammtvermögen, entweder durch Bestimmung der Hälfte, wenn ein einziges Kind, oder eines Kopftheils der Hälfte, wenn mehrere. Abfindung ist der Erbvertrag, durch welchen Jemand gegen eine Gegenleistung seinem Recht am Gesammtvermögen entsagt. In den beiden letzten Fällen sind die Kinder abgetheilte und abgesonderte, die hinsichtlich der Erbrechte gegen die Eltern und gegen einander besonders bevorzugt oder benachtheiligt sind. Alle diese genannten neuen Verhältnisse können entweder mittelst eines Ausspruchs eintreten, Namhaftmachung und Versprechen der bestimmten Quote, oder durch Theilung, reelle Auseinandersetzung und Auskehrung. Noch mehr aber als durch eine feste Begriffsbestimmung wird die Bearbeitung dadurch erleichtert und vereinfacht, daß nicht alle jene Verhältnisse, durch welche eine Auflösung der Gütergemeinschaft bewirkt wird, einer besondern Auseinandersetzung bedürfen. Wird nemlich die communio prorogata durch den Tod aufgelöst, so kommen die Bestimmungen des Erbrechts zur Anwendung; geschieht es durch Vertrag, die allgemeinen Grundsätze über Verträge; so daß nur zwei Verhältnisse übrig bleiben, welche einer besondern Ausführung bedürfen, da sie sich eigenthümlich in den Deutschen Partikularrechten, vorzüglich im Lübschen Recht gestaltet haben, nemlich die Abtheilung und die Abschichtung. Durch jene erhalten die Kinder nur die ihnen beikommende Quote des Vermögens des Verstorbenen, durch diese ihre Quote des Ge-

Digitized by Google

sammtvermögens; beide können durch Theilung oder Ausspruch geschehen; bei jener sind die Kinder nicht abgetheilte und abgesonderte, wie bei dieser; durch beide wird aber die communio prorogata aufgehoben. So viel genüge zur allgemeinen Bezeichnung beider; das Genauere über die Verschiedenheit oder Aehnlichkeit ihres Wesens und ihrer Wirkungen kann erst durch die Beantwortung der vier Fragen sich ergeben:

I. Was wird getheilt?
II. Wann wird getheilt?
III. Wie wird getheilt?
IV. Welche Wirkungen hat eine solche Theilung?

Bevor ich indeß zur Beantwortung dieser einzelnen Fragen übergehe, muß ich einem Einwurf begegnen, der mir vielleicht gemacht werden könnte, nemlich dem, es sei falsch, die Abschichtung als eine noch gültige Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft anzusehen, dieselbe könne höchstens ein historisches Interesse *haben*, in der Praxis komme sie nicht mehr vor. Daß die Abschichtung in dem noch geltenden revid. Lübschen Recht vorgeschrieben ist, wird nicht und kann nicht bezweifelt werden; außerdem giebt es eine Menge Urkunden, die beweisen, daß dieselbe häufig stattgefunden. Auch in der Vormünderordnuug für Holstein ist sie anerkannt; es heißt im

§. 3. Resolvirt der Vater zur andern Ehe zu *schreiten*, so soll derselbe nach Anweisung der 1717, d. 12. Aug. ergangenen Verordnung mit den Kindern erster Ehe oder deren Vormündern, des mütterlichen, oder beides mütterlichen und väterlichen Guts halber, nach jeden Orts Rechten, zuvörderst Richtigkeit treffen.

Da die Abschichtung also in den Quellen gegründet ist, so müßte, um die Derogation derselben durch Gewohnheit mit vollem Recht behaupten zu können, vorher nachgewiesen werden, daß eine solche desuetudo wirklich eingetreten, und in dem Maaße, daß eine Abschichtung nie mehr vorkomme und vorgekommen sei, was ein unmöglicher Beweis sein mögte. Auch Paulsen in seinem Lehrbuch des Schleswig Holsteinschen Privatrechts, §. 153. Not. 7. erkennt das an, vorzüglich aber dadurch, daß er das Erbrecht der abgesonderten Kinder als noch geltend darstellt, welches ja mit dem Wegfallen der Abschichtung auch aufgehoben sein müßte. Noch immer kann also eine Abschichtung eintreten, wenn der Ueberlebende oder die

Digitized by Google

Kinder, in den durchs Gesetz dafür bestimmten Fällen, darauf dringen, und nicht, wie jetzt gewöhnlich geschieht, durch Vergleich oder Vertrag mit der Abtheilung sich begnügen. Außerdem stehen beide, Abschichtung und Abtheilung, in einem so engen Verhältniß, daß man sie nicht gut getrennt darstellen kann. Aus diesen Gründen halte ich mich gerechtfertigt, wenn ich beide gleich ausführlich in ihren Voraussetzungen und Wirkungen darstelle.

### I. Was wird getheilt?

1. Zum Gesammtvermögen gehört unbestritten das von dem Vater und der Mutter Eingebrachte und während der Ehe Erworbene; **wird aber auch das von den Eltern und den Kindern während der fortgesetzten Gütergemeinschaft anderswoher Erworbene Theil der Gemeinschaft?** In Betreff der Eltern wird dieß ganz bestimmt bejaht in

R. L. R. II, 2, 16. Fällt einem Wittwer oder einer Wittwe, welche Kinder haben, Erbgut an, oder wird ihnen Etwas gegeben, durch was Weise es sei, oder sie sonsten gewinnen und erwerben, solches alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen, doch mit diesen Kindern, welche nicht abgesondert sind, denn diejenigen, welche von den Eltern abgeschieden, haben Nichts zu fordern.

Die Kinder waren aber dazu nach durchstehender Praxis nicht verpflichtet, was von Vielen für den Gesetzen und der Vernunft gemäß gehalten wird. Man sagt nämlich: daß die Kinder nicht das ihnen Angefallene conferiren, folge aus dem citirten Art. 16 des L. R. In dem Wesen einer Gemeinschaft liege es, daß von allen Mitgliedern Alles conferirt werde; finde man es nöthig, dieß einem Theil besonders vorzuschreiben, wie im Art. 16 geschehen, so folge daraus, daß der andere Theilnehmer nicht dazu gehalten sei. So schließt auch Pauli, a. O. S. 148. Allein der Schluß ist unrichtig, weil er von einer falschen Voraussetzung ausgeht, der nemlich, es sei Zweck des citirten Artikels, den Eltern das Einbringen des Erworbenen anzubefehlen; Zweck desselben ist nur der, die Folgen der Absonderung anzugeben, daß nemlich die Abgesonderten nicht Theil nehmen an dem Erworbenen, was zu glauben sehr leicht möglich war. Wurden sie nämlich abgesondert, erhielten sie natürlich nur vom Vorhandenen ihren Antheil; man konnte deßhalb leicht zu dem

Digitized by Google

Glauben kommen, daß sie an dem, was die Eltern später erwärben, auch noch Rechte erhielten. Paul's anderen Grund, es bestehe keine Gütergemeinschaft und daher sei kein Einbringen nöthig, ist er zu beweisen schuldig geblieben, und der letzte: Kinder sollten vom Gut der Eltern ganz abgeschieden werden, so daß sie beim spätern Zusammentreffen mit gleich nahen Erben keine Ansprüche mehr hätten, findet eben so sehr auf das Verhältniß der Eltern zu den Kindern statt. Denn auch die Eltern haben Intestaterbrechte und verlieren sie (d. h. das nächste Intestaterbrecht) durch Abschichtung an die Geschwister, weßhalb sie auch eben so gut fordern könnten, von dem anderswoher Erworbenen einen Antheil zu erhalten. Die Natur der Sache forderte deßhalb, da das Rev. Lübsche Recht nicht darüber entscheidet, daß auch die Kinder das während der communio prorogata Erworbene einwerfen, aber die Praxis ist dagegen, und letztere ist durch die Holsteinische Vormünderverordnung bestätigt, in der es heißt:

> §. 2. — — Sollte aber den Minderjährigen in während der Zeit sie mit ihrem Vater in Gemeinschaft stehen, eine Erbschaft von den mütterlichen Verwandten ansterben, so hat zwar derselbe sich sothaner Güter als natürlicher Vormund sorgfältig anzunehmen, — — — keineswegs aber solche seinen Kindern angefallene Güter in die Gemeinschaft zu bringen.

Dasselbe verordnet der §. 5. derselben Verordnung, war die Mutter die überlebende.

2. Eine zweite hier in Betracht kommende Frage ist die: gehören die ideellen Antheile, die entweder dem *parens superstes*, der mit seinem *parens superstes* in *communio prorogata* steht, zukommen, oder den Kindern als Erben ihres *parens defuncti*, der mit ihrem Großvater in *communio prorogata* stand, mit zum Gesammtvermögen?

Die Ansichten sind hier getheilt, je nachdem eine eheliche Gütergemeinschaft nach Lübschem Recht angenommen oder geläugnet wird. Diejenigen, welche allgemeine eheliche Gütergemeinschaft läugnen, unterwerfen damit der Disposition der Gatten auch nur das reell Inferirte, ohne ihnen Miteigenthum an demselben, viel weniger an den ideellen Antheilen zu geben; mithin kann der parens superstes den Kindern, die Erben ihres parens def. geworden

Digitized by Google

sind, die ihnen als solchen zustehenden ideellen Theile am Vermögen des Großparens unmöglich mit in Rechnung bringen; eben so wenig als die Kinder dem Vater das, was ihm an ideellem Antheil aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit seinem parens superstes zukömmt. Pauli a. a. O. findet dieß außerdem dadurch bestätigt, daß in den Stellen, wo von der Rückgabe des Vermögens der verstorbenen Gattin an die Blutsverwandten derselben die Rede ist, immer nur von dem gesprochen wird, was sie eingebracht hat, was er mit ihr empfangen, daß es stets nur um ein Zurückgeben, nie um ein Empfangen sich handelt. Allein diese Ausdrücke kommen immer nur vor bei unbeerbter Ehe, wo also anerkannt keine Gütergemeinschaft besteht, wo jedem Gatten das Seine bleibt. Bei beerbter Ehe tritt aber allerdings eine Vereinigung des beiderseitigen Vermögens ein, welche die Hauptkennzeichen einer Gütergemeinschaft an sich trägt: gemeinsamer Gedeih und Verderb, Haften für die Schulden u. s. w. Eine natürliche Folge davon ist aber, daß auch die ideellen Antheile, die der parens oder die Kinder an einer andern Masse haben, mit zum Gemeingut gerechnet werden müssen, daß also bei einer Abschichtung oder Abtheilung allerdings das mit zu berücksichtigen ist, was entweder dem parens superstes als ideeller Antheil am Vermögen seines parens superstes zusteht, oder den Kindern am Vermögen ihres Großparens. Allein es ist nicht zu verkennen, daß wenn es zu einer wirklichen Abtheilung kömmt, es schwer ja bisweilen unmöglich sein wird, die Theile dann schon zu bestimmen. Kinder konnten, zumal wenn sie ausgesteuert waren, was in solchen Fällen immer geschehen sein wird, nicht einseitig auf Theilung dringen. Bis dahin hatte aber der die Gütergemeinschaft fortsetzende Großvater, beschränkt auch die Großmutter, Dispositionsrecht, das Vermögen konnte vermehrt und vermindert werden, bis es zu einer endlichen reellen Theilung kam. Eine Schätzung des Vermögens zu der Zeit ist nicht immer möglich, und kann leicht zu Unbilligkeiten führen. Diesem Zwiespalt zwischen dem den Abtheilenden zustehenden Rechte und der practischen Unthunlichkeit konnte man nur dadurch entgehen, daß die Abschichtung oder Abtheilung jetzt nach dem in der Gemeinschaft der Eltern und Kinder befindlichen Vermögen vorgenommen ward, daß aber die Rechte am Vermögen der Großeltern gegenseitig vorbehalten wurden. Daß dieß in der Praxis geschehen, sieht man aus einem in Stein's Erörte-

Digitized by Google

rungen des L. R. III, §. 238. angeführten Fall, den ich ganz mittheile, da ich weiter unten ebenfalls genöthigt bin ihn zu erwähnen.

— — — daß, wie Holtichs Wittwe zur andern Ehe mit P. Paarmann schreiten und mit ihrem einzigen Sohne theilen wollen, da zuvor nach des Mannes Tode ein Sohn verstorben, so hat sie ihre illata, des verstorbenen Söhnlein's tertiam, und vor sich unam tertiam nehmen, die dritte tertiam aber ex paternis dem noch lebenden Söhnlein, und die Anwartung zu dem mütterlichen fürs künftige lassen wollen. Welchem sich D. Holtich, als des Kindes Vater Bruder, opponiret, worauf die Wittwe den Sohn vom Väter= und Mütterlichen totaliter absondern und von sich theilen wollen, welches D. Holtich auch nicht gestatten können, aus Ursache, weil die Mutter noch ein Ansehnliches von ihrer Mutter und Brüdern, so unverheirathet, in casum mortalitatis zu erwarten hätte: Decretum:

daß der Wittwen zwar frei stünde das Kind von sich zu scheiden, an den künftigen Erbfällen aber müßte sie es mit admittiren, und seine quotam alsdann mit zufließen lassen.

Auch die von

Carstens, II. S. 11, und

Falck, Schl.=Holst. Anzeigen, IV, 419,

angeführten Beispiele beweisen, daß die Praxis das in der Disposition des Großparens befindliche Vermögen, als mit zur Gemeinschaft gehörig ansieht. Die Holsteinische Vormünderverordnung entscheidet den Fall nicht, denn wenn es §. 2 auch heißt, die von mütterlicher Seite den Kindern anfallenden Erbschaften gehören nicht mit in die Gemeinschaft, so bezieht sich dieß nicht auf unsern Fall, da den Kindern, schon ehe sie an die Stelle ihrer Mutter in die Gemeinschaft mit dem Vater treten, und dieselbe aufs Neue constituiren, ihnen zur selben Zeit ex ipso jene ideellen Antheile angefallen sind.

3. Bei der Abtheilung ist die Entscheidung von Wichtigkeit, was zum mütterlichen oder väterlichen Vermögen gehöre, oder zu wessen Vermögen der Erwerb gerechnet werde. Nach den allgemeinen Bestimmungen der Deutschen Rechte gehört aller

Digitized by Google

Erwerb zum Gut des Mannes; das ist auch in den Hamburger Statuten anerkannt, und nicht weniger im L. R.:

II, 2, 12, Stirbet ein Mann sein Weib, und sie haben keine Kinder mit einander, der Mann soll der Frau nehesten Erben wiedergeben den halben Theil Guts, welches er mit ihr bekommen. Gleicher Gestalt stirbet der Mann, welcher mit seiner Frau keine Kinder gezeuget, die Frau nimmt zuvor ihr zu dem Mann gebrachtes Gut, so fern es vorhanden ist, da noch etwas vom Gute darüber, das sollen sie zugleich theilen mit des Mannes Erben.

Daß der Erwerb nicht mit zum Vermögen der Frau gehört, erhellt daraus, daß der Mann nur die Hälfte des Eingebrachten heraus giebt, vom Gewinn gar nichts, die Frau aber nur ihr Eingebrachtes nimmt und die Hälfte vom Gut des Mannes, bei dem Gewinn und Verlust angerechnet wird. So folgern wenigstens Einige, die die Richtigkeit ihrer Behauptung noch durch die Bemerkung zu unterstützen suchen, daß der Mann durch seine Thätigkeit, Verwaltung und Vormundschaft den meisten Anspruch darauf habe. Allein der citirte Art. 12. beweiset durchaus nichts, da von einer kinderlosen Ehe die Rede ist, in welcher ja keine G. G. existirt. Dem Wesen einer Gemeinschaft entspricht es weit mehr, daß auch der Erwerb gemeinschaftlich sei, und dieß wird auch ausdrücklich durch das L. R. bestätigt.

II, 2, 28. — — jeder es sei Mann oder Frau nimmt sein gebrachtes Gut voraus, das übrige soll getheilt werden.

Diese Stelle ist nicht zu entkräften durch Stein's Einwand, a. a. O. §. 116: das vom Manne Erworbene könne man sein Gebrachtes nennen, denn durch seinen Fleiß sei es gebracht.

4. Um den Umfang des zu theilenden Vermögens zu bestimmen, ist endlich zu untersuchen, ob überhaupt Collation statt finde, und wenn, was conferirt werde.

Streng genommen kann von einer Collation gar nicht die Rede sein, einmal weil dieselbe nur unter Erben statt findet, und die Kinder, die mit dem par. sup. schichten oder theilen, nicht als Erben anzusehen sind; dann, weil Collation nur zwischen Descendenten, nicht aber im Verhältniß zu Ascendenten vorkömmt. Da das Verhältniß indeß doch ein ähnliches ist, indem es auch hier sich darum handelt, ob die Kinder verpflichtet sind, das vorher von den Eltern

Digitized by Google

Erhaltene bei der Theilung mit ihrem parens, oder dem parens und den Geschwistern wieder anzurechnen, da ferner alle Schriftsteller vor mir sich desselben Ausdruckes bedient haben, so will ich auch ferner diese Pflicht zur Einlieferung des Vorhererhaltenen Collation nennen. Im Grunde würde es auch einerlei sein, ob man diese Pflicht so oder so nennt, allein die meisten Schriftsteller haben sich dadurch verleiten lassen, die Römischen Grundsätze von der Collation anzuwenden, und sind dadurch zu dem Resultat gekommen, daß unbedingt Collationspflicht stattfinde [4]). Faßt man aber die Verhältnisse etwas genauer ins Auge, so ergibt sich, daß von Collation unter keinen Umständen die Rede sein könne.

Gewöhnlich ist das, was Kinder von ihren Eltern erhalten eine Aussteuer oder Beihülfe. Da nun nach II, 2, 34 ausgesteuerte Kinder im Zweifel für abgesonderte gelten, so kann in diesem Fall, da sie als solche nichts mehr von den Eltern zu fordern haben, auch von Collation nicht die Rede sein. Waren die Kinder nicht mit dem Erhaltenen zufrieden, und wollten damit nicht abgeschieden sein, so kam das zur Erörterung, und es stand dann in dem Willen der Eltern, ihnen die Collation ausdrücklich anzubefehlen oder zu erlassen; es ist daher falsch, solche Ausgesteuerte dem Römischen emancipatus gleichzustellen. War das, was die Kinder erhielten, keine Aussteuer, so fand bei Kleinigkeiten auch nach Römischem Recht keine Collation statt; war das Erhaltene bedeutender, so traten andere Gründe einer Collation entgegen, doch muß man dabei Abschichtung und Abtheilung unterscheiden. Im Fall einer Abschichtung, bei der ja der par. sup. nach Abzug des Harnisches oder Trauringes die Hälfte des gesammten Vermögens bekam, wäre die ganz abnorme Vorschrift eingetreten, daß die Kinder das, was sie vorher von den Eltern erhalten, ihnen wieder hätten zurückgeben müssen, da doch vorausgesetzt wird, daß der schenkende parens, sei es während noch bestehender Ehe, oder während der communio prorogata geschehen, auf gültige Weise veräußert habe. Auf der andern Seite hätten dann die Eltern auch das von dem andern Gatten Erhaltene

4) Stein §. 197 und 198. Bünekau §. 27. Mehlen §. 32. Behn S. 38. Mevius Comm. zu II, 2, 2. Not. 95 — 99, der sie jedoch nur der aequitas halber zuläßt und erkennt, daß sie gegen das strictum jus sei.

Digitized by Google

conferiren müssen, was nirgends vorgeschrieben ist, und von Niemanden behauptet wird. Schenkungen unter Ehegatten sind nemlich unter den gesetzlichen Beschränkungen gültig I, 6, 1; II, 2, 5. Diesen Uebelstand könnte man freilich dadurch vermeiden, daß zuvor, ohne Rücksicht auf das den Kindern Gegebene, vom vorhandenen Vermögen Hälften gemacht würden, und dann die Kinder unter sich conferirten. Dieß könnte aber, ohne Verwirrung zu veranlassen, nur dann statt finden, wenn alle Kinder zugleich, nicht Eins allein, abgeschichtet würde, daher deßhalb schon nicht wahrscheinlich. Außerdem wäre diese Vorschrift direct gegen die der Collation zu Grunde liegende Präsumtion. Sie beruht nemlich auf der Annahme, daß im Zweifel die Eltern ihren Kindern gleiche Theile des Vermögens zuwenden wollten; doch ist es ihnen auch erlaubt ungleiche Theile zu machen. Haben die Eltern daher ausdrücklich festgesetzt, wie es gehalten werden solle, so muß es dabei bleiben, und es ist schon inconsequent, wenn Justinian Nov. 18. cap. 6. vorschreibt, daß auch bei der successio ex testamento conferirt werden solle. Dieses jus singulare des Römischen Rechts ist daher auf keinen Fall auf das Lübsche auszudehnen. Auch ist der Fall noch etwas verschieden, denn im Testament drückt man sich nicht immer so bestimmt aus, daß der Wille klar ist, deßhalb ist man für Gleichmäßigkeit; bei der Abschichtung aber, die der Vater oder die Mutter selbst vornimmt, wäre es im höchsten Grade singulär, wenn Kinder nach geschehener Abschichtung sich conferiren müßten, da der parens eben durch Theilung zu erkennen gab, daß er verschiedene Theile wolle; sonst hätte es in seiner Macht gestanden, durch Schenkungen auch an die andern Kinder sie in gleichen Vortheil zu bringen. Ferner geht aus einer Menge von Pauli a. a. O. Not. 117. angeführter Urkunden hervor, daß von einer Collation erst die Rede sein konnte nach dem Tode beider Eltern, wenn sie dann mit an der Erbtheilung Theil nehmen wollten; und mit Recht, denn Schichtung ist keine Erbfolge.

Noch weniger kann bei der Abtheilung Collation gefordert werden. Ist nemlich der abtheilende par. sup. der Vater, so kann bei der Theilung des mütterlichen Vermögens doch nicht angerechnet werden, was der Vater von dem Seinigen oder dem Erwerb zuvor Einzelnen zugewandt hat, da man damit dem Vater das Recht absprechen würde, frei über das Seinige zu disponiren, und dann

Digitized by Google

durch Schenkungen an Kinder nicht ihnen ein Vortheil zugewandt, sondern nur das mütterliche Vermögen vergrößert würde. Ist es die Mutter, welche abtheilt, und die Kinder sollten das während noch bestehender Ehe vom Vater Erhaltene einbringen, so wäre auch dadurch die gesetzliche Dispositionsbefugniß des Vaters aufgehoben. Kamen aber die Schenkungen nach dem Tode des Mannes, während der comm. pror. von der Mutter, so sind solche überall nur zulässig noch II, 2, 16, wenn die Kinder einwilligen. Forderten sie nun später Collation, so würden sie ihre eigenen Handlungen angreifen, was ja allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwider ist. — Hierdurch scheint mir hinreichend dargethan, daß weder bei der Abschichtung noch bei der Abtheilung eine Collation gefordert werden könne, und die Behauptung einer solchen kann nur durch den Mißverstand entstanden sein, daß man diese als Erbfolgen ansah, was sie nicht waren, da durch solche nur, was schon vorher ideell war, jetzt reell wurde. In einen andern Fehler ist noch Behn, S. 38. verfallen, der sogar den mit dem erhaltenen Gute gemachten Erwerb zur Theilung mit den andern Kindern bringen will, was nicht einmal nach gemeinem Recht zulässig ist, da die Früchte und Zinsen erst vom Augenblick der geforderten Collation zu berechnen sind [5].

Die kurze Antwort auf die erste Frage: was wird *getheilt*? ist also: zu dem zu theilenden Gesammtvermögen gehört das vom Vater und der Mutter Eingebrachte und während der Ehe Erworbene, wie auch das von dem par. sup. während der comm. pror. Erworbene; die ideellen Antheile der Eltern oder Kinder am Vermögen der resp. Eltern oder Großeltern werden vorbehalten; eine Collation findet nicht statt.

## II. Wann wird getheilt?

1. Der überlebende Ehegatte ist nach L. R. **bei Eingehung einer zweiten Ehe zur Abschichtung verpflichtet.**

II, 2, 21: Stirbet ein Mann sein Weib, und haben sie miteinander Kinder gezeuget, greiffet er dann zur andern Ehe, so soll er Rechnung thun den Freunden seiner Kinder — — — damit den Kindern das Ihre bleibe.

eod. 29: Es mag auch kein Wittwer ein ander Weib nehmen ohne seiner Kinder Freunde Vorwissen, und seines gewesenen

5) Langen und Kori, Erörterungen II, 20.

Digitized by Google

Weibes Freunden, und theile dann mit seinen Kindern und seines Weibes Freunden nach dieser Stadt Recht, so mag er alsdann zur andern Ehe greiffen. Also soll auch ingleichen eine Wittfrau thun, wenn sie zu der andern Ehe schreiten will.

Es finden sich zwar einzelne Fälle, in denen bei einer Wiederverheirathung die Abschichtung unterblieben ist; allein diese können in einem Vertrag oder Versehen ihren Grund haben, und wenn das geschehen ist, hat man für nöthig befunden die Theilung so zu ändern, wie sie in II, 2, 28 vorgeschrieben ist, aus welcher Stelle sogar hervorgeht, daß die Gemeinschaft durch eine Wiederverheirathung ex ipso aufgehoben ist, indem von da an das ursprüngliche Gut des Vaters und der Mutter unterschieden wird.

Dieß ist die einzige Ursache, aus welcher der überlebende Vater zur Abschichtung verpflichtet ist; war hingegen die Mutter die überlebende, so verhielt sich die Sache ganz anders. Sie mußte nemlich auch abschichten, wenn sie in ein Kloster oder Gotteshaus eintrat.

II, 2, 8. — — — Will sie sich aber anderweit verehelichen, oder in ein Kloster oder Gotteshaus bekauffen, so muß sie theilen mit den Kindern.

Außerdem soll sie nach Stein's Erörterungen II, §. 120. nur zur Abschichtung verpflichtet sein, wenn der Vater im Testament diese befohlen hat. Beachtet man indeß zwei Stellen des L. R., so muß man behaupten, daß die Mutter immer auf Antrag der Kinder oder deren Vormünder abschichten muß, mit Ausnahme von zwei Fällen. Es heißt:

II, 2, 8. Haben Mann und Weib Kinder miteinander, und werden alle in den Ehestand begeben, stirbet der Mann, die Frau bleibet besitzen in allen Gütern.

Daraus folgt, daß wenn die Kinder nicht in den Ehestand begeben sind, und dazu wie gewöhnlich ausgesteuert, die Frau nicht sitzen bleibt, sondern abschichten muß. Einen andern Beweis enthält:

II, 2, 30. Nach des Mannes Tode, wenn seine verlassene Wittfrau schwanger ist, soll sie so lange in des Mannes Gut bleiben und aus dem gemeinen Gut nicht gewiesen werden, bis sie der Geburt genesen.

Hieraus ergiebt sich, daß die Ehefrau in allen andern Fällen auf

Digitized by Google

Antrag der Kinder theilen muß. Auch kann es nicht auffallen, daß eine solche Verschiedenheit zwischen Mann und Frau statt findet, da ja in jeder Hinsicht die Frau und Wittwe beschränkter ist, als der Mann und Wittwer; sie muß Vormünder bestellen lassen, I, 7, 12; darf nicht veräußern II, 2, 8; muß Assistenten und Curatoren haben, ohne die sie nicht gerichtlich auftreten kann, I, 7, 12. Es war deßhalb allerdings für die Kinder von großem Vortheil, hinsichtlich ihrer ideellem Antheile am Vermögen nicht mit den Beschränkungen der überlebenden Mutter unterworfen zu sein. Daß von der Wittwe aber eine Abschichtung, und nicht nur eine Abtheilung, gefordert werden konnte, folgt daraus, daß die Abschichtung nach älterm L. R. das Gewöhnliche war, die Abtheilung erst allmählig aufkam, und nur für die bestimmten Fälle, die gleich unten erörtert werden.

Fast einstimmig hält man außerdem den überlebenden parens, nicht nur die Mutter, sondern auch den Vater zur Abschichtung verpflichtet im Fall der Verschwendung und Vermögenszerstreuung [6]). Das Hamburger Stadtrecht III, 3, 3 u. 5 enthält freilich diesen Fall, aber im L. R. ist er weder in den älteren Codices noch im revidirten R. enthalten, und wir sind um so weniger berechtigt, ohne gesetzliche Vorschrift dieß anzunehmen, da durch andere gesetzliche Bestimmungen der, aus der Verschwendung für die Kinder möglicherweise entstehenden, Vermögensbeeinträchtigung vorgebeugt ist. Zufolge I, 7, 6 sollen nemlich Verschwender ihrer Güter unter Vormundschaft gestellt werden, das würde auch hier der Fall sein müssen, so daß die Kinder keinen Schaden leiden, der Vater aber den Genuß der Einkünfte behält, und, falls er aus der Vormundschaft entlassen wird, die Verwaltung wieder übernehmen und die communio prorogata fortführen kann, was, wäre einmal abgeschichtet, nicht mehr möglich ist. Dennoch, obwohl weder Gesetze noch die Vernunft für diesen Abschichtungsgrund sind, hat die Praxis ihn allgemein eingeführt.

Ferner behaupten Viele, daß mündige Kinder Abschichtung fordern könnten; ihnen steht aber nur, wie gleich gezeigt werden wird, ein Recht auf Abtheilung zu.

---

6) Stein II, §. 206, Carstens II, S. 20.

Digitized by Google

Kann nun außer diesen Fällen, in denen die Abschichtung nothwendig ist, dieselbe auch auf einseitigen Antrag des *parens*, nach seinem Belieben statt finden? Die Meinungen darüber sind sehr getheilt: Behn S. 38 und 39 läßt eine Abschichtung nur in den einzelnen, oben bestimmten Fällen zu, eben so Runde, Deutsches Privatr. 608 b. Not. b. Auch Pauli scheint dem parens das Recht nicht zuzugestehen, da er weder bei der unfreiwilligen Absonderung noch Abtheilung etwas davon erwähnt. Anderer Meinung dagegen sind Eichhorn, Einleitung ins D. Pr. R. §. 310. Mittermaier, Deutsch. Pr. R. §. 355; Stein, Erörterungen II, §. 204; Carstens, Beiträge, II, 24; Mevius, Commentar II, 2, 29, 1 und 4, denen man offenbar beistimmen muß. Die Gegner berufen sich auf den Artikel 104 des alten Lübschen Rechtsbuchs von 1254, cont. 1370.

> Welk man sittet na sines wives dode offte ein wiff na eres mannes dode myth kinderen unde der kinder ein syn dinck so anschleith dat de frunde an beidenn siden daraver klaghen werden se denne des tho rade dat kind schall nemen sin andell an enem stucke edder an gelth unde moth darmede schedenn wesen von sinen anderen broderen unde susterenn.

Da hier ein besonderer Grund angegeben sein soll, aus dem es erlaubt wäre Kinder abzuschichten, so wird daraus gefolgert, daß es in allen andern Fällen unstatthaft sei. Allein einmal ist dieser Artikel nicht in das revidirte L. R. aufgenommen, welches allein das für uns gültige ist; dann bezieht sich aber auch der angeführte Artikel auf einen ganz andern Fall. Es ist nämlich hier nicht von einem Gesammtvermögen, einer communio prorogata die Rede sondern von zusammen geführten Geschäften, wo ferner die Umstände andere waren, indem nicht der Vater, sondern die Verwandten auf Aufhebung des bestehenden Verhältnisses klagten [7]. Auch das von Stein in seinen Erläuterungen II, §. 238 angeführte Präjudikat, welches bereits oben S. 234 citirt ist, wird gegnerischerseits als beweisend angeführt. In demselben wird offenbar der Mutter die einseitige Abschichtung untersagt, aber um so unbegreiflicher, da hier sogar eine Wiederverheirathung statt finden sollte. Ein einziges Urtheil macht aber bekanntlich kein Recht, vor allem nicht, wenn es

7) Vgl. Pauli S. 174 ff.



Digitized by Google

bestimmten Gesetzen widerspricht. Endlich führen die Gegner als Grund an: stände es in der Willkür des parens zu theilen wenn er wollte, wäre es überflüssig die andern Fälle der Wiederverheirathung 2c. 2c. speciell hervorzuheben, daraus könne man vielmehr auf das Gegentheil schließen. Hier wird indeß von ihnen die Nothwendigkeit der Abschichtung mit der von der Willkür des parens abhängigen Möglichkeit einer solchen verwechselt. Daß dem parens aber dieß Recht zusteht, entscheiden mehrere Stellen des revidirten L. R. Die von Stein angeführten II, 2, 2 u. 3 beweisen freilich Nichts, denn sie enthalten nur die Art der Abschichtung, falls es zur Theilung kömmt. Das Recht dazu ist aber bestimmt ausgesprochen in

II, 2, 6. Wenn Mann und Frau Kinder mit einander haben, verstirbet ihrer eins, es sei Mann oder Weib, welches über bleibt, das theilt das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert sein: —

eod. 29. Ein Mann der mit seinen Kindern theilen will, wenn er kein Weib hat, oder aber die Kinder unter sich selbst theilen wollen, das mögen sie wol thun.

Ferner folgt dieß Recht aus der Natur der communio, welchen Begriff man, nicht den widersinnigen eines Gesammteigenthums, diesen Güterverhältnissen zum Grunde legen muß, denn bei einer solchen kann jeder Theilnehmer auf Theilung dringen, so fern er veräußerungsfähig ist. — Mevius l. c. 5—6 spricht der Mutter die Befugniß ab, die Kinder wider ihren Willen abzuschichten, weil ihr dieselbe im cit. Art. 29 nicht ausdrücklich gegeben sei. Dieser Grund hätte aber nur dann Gewicht, wenn das Recht abzuschichten als jus singulare anzusehen, und nicht, wie wirklich der Fall, in der Natur des Verhältnisses begründet wäre.

Daß mündige Kinder das Recht nicht haben, auf Abschichtung zu dringen, kann man sich nur aus dem besondern Verhältniß der Kinder zu den Eltern, der väterlichen Gewalt, erklären; vielleicht haben dabei auch Handelsrücksichten obgewaltet.

2. Die Abtheilung findet nach L. R. gesetzlich nur in Einem Falle statt, nämlich, wenn die Kinder mündig und noch nicht ausgesteuert sind, und ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil vom parens superstes fordern.

II, 2, 11. Wenn Vater und Mutter Kinder haben, und alsdann

Digitized by Google

der Eltern eins verstirbt, seyend der Kinder Eins oder mehr zu ihren mündigen Jahren kommen und wollen ihr Erbtheil haben von dem verstorbenen Vater oder Mutter, man soll ihnen dasselbe nicht verweigern.

Mehrere verstehen diesen Artikel nicht von der Abtheilung, sondern von der Abschichtung, so: Pauli, S. 168 u. 206, Behn, S. 38; weil die Abtheilung dem ältern Recht unbekannt sei. Allein dieß ist nur zum Theil wahr, selten war sie allerdings, daß sie indeß schon zur Zeit des revidirten Rechts bekannt gewesen, ergeben theils Urkunden, theils die Fassung dieses Artikels, der eine Aenderung des ältern Rechts enthält. In dem lautet nemlich der Artikel 101 so:

Welck man unde wiff dede kinder tho hope hebben unde erer ein vorsterveth dat sy man effte wiff is dat also dat der kinder ein edder alle mündich syn unde eschenn ere andell offte erve men mach en des nicht vorwesenn in düssenn Rechte.

Das Wort erve, welches unbestimmt auf das gesammte Vermögen ging, haben die Revisoren für nöthig gehalten genauer zu bestimmen oder abzuändern durch: ihr Erbtheil — von dem verstorbenen Vater oder Mutter. — Ein anderer von Behn erwähnter Grund, daß Fälle erwähnt werden, in denen, während einige Geschwister noch mit ihren Gütern in der Were sich befinden, andere schon abgeschichtet waren und keine Rechte mehr an den Gütern des überlebenden parens hatten, ist von keinem Gewicht. Denn da es in der Willkür des Vaters stand, abzuschichten wann er wollte, so mußte es ihm frei stehen, einige oder alle Kinder abzutheilen, da überdieß die mündigen nicht gezwungen waren, Abtheilung zu fordern, sondern auch in der Gemeinschaft bleiben konnten. Daß eine Abtheilung, vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen allein, bekannt war, beweis't ferner

II, 2, 33 am Ende: — — würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder das väterliche oder mütterliche ausdrücklich vorbehalten, das seyen keine abgesonderte Kinder.

Der Artikel handelt von einer Abfindung durch Vergleich; konnten die Parteien sich darüber nicht vereinigen, und auch keine Abschichtung gefordert werden, so mußten die Freunde und Vormünder den Kindern ihr väterliches oder mütterliches Erbtheil vorbehalten, bis



Digitized by Google

diese, zu den Jahren der Mündigkeit gekommen, es fordern konnten. Pauli folgert auf mir unbegreifliche Weise aus Art 34 cod., wornach im Zweifel die Präsumtion für gänzliche Abfindung ist, daß, wenn ein Kind mit sonderlichem bescheidenen Gute ausgesteuert sei, väterliches oder mütterliches Erbtheil in der Regel das Gesammtvermögen bedeute. In dem Artikel ist aber vom väterlichen oder mütterlichen Erbtheil gar nicht die Rede, er bezieht sich auf denselben Fall wie der citirte Art. 33, in dem von einer Abfindung durch Vertrag die Rede ist, was aus den Worten:

— — würde damit der Sohn oder die Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern derzeit begnüget und friedlich sein,

deutlich hervorgeht. — Auch die Natur der Sache spricht dafür, daß man mündigen Kindern nur gestattete, ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil zu fordern. Da der Vater nicht gezwungen werden konnte, die Kinder auszusteuern, es aber mündigen Kindern, die aus der Vormundschaft gingen, und ein eigenes Geschäft anfangen wollten, von der größten Wichtigkeit sein mußte, etwas Vermögen zu erhalten, so war es politisch richtig, ihnen das Recht zu geben, ihren Antheil vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen zu fordern, nicht aber das Gesammtvermögen durch Abschichtung zu zersplittern. Der Handelspolitik einer Stadt, wie Lübeck, war es angemessen, sowol die Fortdauer alter, als das Emporkommen neuer Handlungshäuser zu begünstigen.

Was den Termin der Mündigkeit betrifft, so ist es streitig, ob man hier den der ältern Statuten oder des revidirten Rechts zur Anwendung bringen soll. Das Mündigkeitsalter des Statuts, welches Pauli vorzieht, kann jedoch gewiß nur in den Fällen giltig sein, in welchen es ausdrücklich durch die Revisoren beibehalten ist, z. B. bei der Testamentsmündigkeit; in den übrigen Fällen tritt gewiß die Mündigkeit erst mit dem 25. Jahr ein nach den Bestimmungen des revidirten Rechts. In Holstein tritt jetzt übrigens allgemein Mündigkeit mit dem 25sten Jahre ein.

Mündigkeit ist übrigens der einzige gesetzliche Grund, aus welchem Abtheilung geforder werden kann. Daß sie biß in späterer Zeit immer allgemeiner wurde und jetzt fast allein geltend ist, beruht nur auf einem Verzicht, wie schon oben gesagt ist, cf. Pauli 205 u. 6. Irrig ist es deßhalb, sowohl wenn Stein II, 119 u. 120 behauptet, daß es immer im Belieben der Eltern gestanden, abzu-

Digitized by Google

schichten oder abzutheilen, als auch wenn umgekehrt Carstens II, 25 meint, daß es von der Wahl der Kinder abgehangen, Abschichtung oder Abtheilung (er gebraucht dafür die Ausdrücke: Grundtheilung und Ausspruch, letzteres bestimmt gegen den Sinn und die Terminologie des Lübschen Rechts) zu fordern. Der von ihm angeführte Grund, daß Unmündige große Vorrechte hätten, paßt nicht im Entferntesten, da nur Mündige Abtheilung fordern können. Nach jedem Recht wird überhaupt die Lage der Eltern begünstigt sein, was theils aus dem elterlichen Verhältniß, theils aus der geführten Vormundschaft folgt. Doch darf man darin umgekehrt auch nicht zu weit gehen, wie Stein l. c. Daß nemlich Abtheilung statt Abschichtung nur mit Bewilligung der Kinder erfolgt, beweisen die Artikel II, 2, 33 u. 34. Die Eltern würden sonst Alleineigenthümer sein. Auf Stein mag übrigens die damals gültige Ansicht eines condominium in solidum Einfluß gehabt haben, so daß die comm. pror. in ihrer eigenthümlichen Natur bei ihm gar nicht in Betracht kam.

3. Die Vormünderordnung für Holstein vom 13. Sept. 1743 führt drei Gründe an, weßhalb der Vater, und fünf, aus denen die Mutter zur Auflösung der comm. pror. verpflichtet ist; ob diese aber eine Abschichtung oder Abtheilung sei, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Da jedoch im §. 3 der genannten Verordnung ausdrücklich gesagt ist, es solle nach jeden Orts Rechten vom mütterlichen, oder väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich abgetheilt werden, so ist anzunehmen, daß bei den im Lübschen Recht und der Vormünderordnung gleichen Gründen, den Bestimmungen des L. R. gemäß bald Abschichtung, bald Abtheilung eintritt. Findet die Auflösung aus Gründen statt, die nicht auch schon im L. R. enthalten sind, so kann nur Abtheilung gefordert werden, als die zur Zeit der Publication der Verordnung allgemeinere. Die einzelnen Gründe sind, ist der Vater der überlebende: zweite Ehe, Mündigkeit, Verheirathung der Töchter; ist es die Mutter, außer diesen noch: ihr eigner Wille zu theilen und schlechte Haushaltung. Auch in den übrigen drei, in den Herzogthümern Schleswig und Holstein zur Anwendung kommenden, Vormünderordnungen, nemlich für Schleswig, für den gemeinschaftlichen und den großfürstlichen Antheil, sind dieselben Gründe aufgeführt. Man kann daher um so mehr schließen, daß die Mutter nicht ohne guten Gründe in jenen beiden genannten Fällen mehr zur Auflösung der comm. pror. ver-

Digitized by Google

pflichtet ist, und daß dieselben auf den Vater keine Anwendung leiden. Der Vater ist nemlich Vormund seiner Kinder, hat als solcher die Verwaltung ihres Vermögens, darf sich dieser Pflicht also eben so wenig entziehen, wie andere Vormünder. Darauf deuten auch die Worte: schuldig und gehalten sein, die in allen vier Verordnungen vorkommen. Der Grund, weßhalb man die verschwenderische Mutter zur Theilung zwang, und nicht den Vater, ist gewiß der, daß, da die Mutter schon unter Curatel steht, es kein anderes Mittel mehr giebt, von den Kindern Verlust abzuwenden; der Vater aber konnte noch unter Vormundschaft gestellt werden, und dann war dadurch die Zersplitterung eines Vermögens vermieden, was, wie schon oben bemerkt, oft das Streben der Gesetzgebung gewesen ist [8]).

Das Resultat obiger Untersuchung ist also: nach Lübschem Rechte findet Abschichtung statt im Fall einer zweiten Ehe, die Mutter kann immer, mit Ausnahme der beiden in II, 2, 28 und 30 enthaltenen Fälle, dazu gezwungen werden, beide Eltern sind außerdem nach eigener Willkür dazu berechtigt. Zur Abtheilung sind die Eltern verpflichtet, sobald die Kinder mündig geworden. Nach der Vormünderordnung ist der Vater im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, im Fall der Mündigkeit und der Verheirathung der Töchter zur Abtheilung verpflichtet. Die Mutter ist *im Fall einer* zweiten Ehe zur Abschichtung, der Mündigkeit der Kinder, der Verheirathung der Töchter, schlechter Wirthschaft zur Abtheilung verpflichtet, und nach eigenem Gutdünken dazu berechtigt. Daß außerdem von beiden Seiten durch Vertrag das eine oder das andere stattfinden könne, versteht sich von selbst, wie denn auch in der Praxis häufige Aenderungen vorkommen.

### III. Wie wird getheilt?

Die Abschichtung ist genau vorgeschrieben in II, 2, 2 und 3. Der Vater nimmt zum Voraus seinen Harnisch, die Mutter ihren Trauring oder die Surrogate; das Uebrige wird zur Hälfte zwischen dem par. sup. und den Kindern getheilt. Wie fern diese Art

---

8) Hiemit stimmen überein: Falck, staatsbürgerliches Magazin II, 584. Paulsen, Privatrecht, S. 251. Not. 2.

der Theilung noch auf Gültigkeit Anspruch machen kann, ist bereits oben S. 230 gezeigt worden.

Bei der Abtheilung theilen der par. sup. und die Kinder das Vermögen des Verstorbenen nach Kopfzahl [9]). Daß die Praxis sich entschieden so gebildet habe, räumt auch Pauli ein, findet es aber durchaus verwerflich, dem parens einen Kopftheil einzuräumen, wenigstens folge das nicht aus II, 2, 28, wie Mevius behaupte. Dieser Artikel bezieht sich freilich auf einen andern Fall, dient aber doch zur Analogie. Der zweite Ehegatte bekommt nemlich mit seinen Kindern und den Kindern erster Ehe ein Kopftheil aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn man diesem, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, die man sonst immer gegen ihre Stiefeltern zu bevorzugen suchte, diesen Vortheil einräumt, so spricht vielmehr dafür, denselben dem par. sup. erster Ehe im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern zu gestatten. Aus welchen Gründen übrigens Pauli dieß Verfahren tadelt, erfährt man nicht, es läßt sich nur vermuthen, daß er überhaupt die portio statutaria für verwerflich hält, welche indeß im Deutschen Recht begründet ist, sehr genau mit dem Ehe- und Erbrecht zusammenhängt, und fast in allen Particularrechten sich findet. — Nach einigen Particularrechten erhält der par. sup. nicht nur einen Kopftheil, sondern sogar die Hälfte [10]).

Gewöhnlich nimmt man an, die oben beschriebene Abschichtung und Abtheilung habe auf doppelte Weise stattfinden können, entweder durch einen Ausspruch, oder durch reelle Theilung, so auch Pauli S. 194 ff., der dieß, außer durch Stellen des L. R., durch mehrere alte Urkunden zu beweisen sucht. Allein die Stellen des L. R., die man für die Befugniß des Vaters anführt, die Kinder durch einen Ausspruch von sich abzusondern, sind nur auf die eigentliche Absonderung, die vortragsmäßige Auseinandersetzung, zu beziehen, bei der auf das augenblicklich vorhandene Vermögen nicht genau Rücksicht genommen wird. Davon sind gleichfalls die von Pauli angeführten Urkunden zu verstehen, was daraus hervorgeht, daß dabei die Einwilligung der Vormünder und Kinder erwähnt wird, die bei der Abschichtung und Abtheilung nicht erforderlich ist.

---

9) Vergl. Stein §. 238. Carstens II, 24. Mevius, Comm. II, 2, 11 Not. 12 u. 32. Add. ad Not. 30.

10) Vergl. Sammlung Schl.-Holst. Anzeigen von Falck, IV, 480.

Die Befugniß des Vaters, einen Ausspruch zu thun (man verwechsele das nicht mit der vertragsmäßigen Absonderung, die auch so genannt wird) würde auch durchaus dem Wesen der comm. pror. widersprechen. Nach dieser sind nemlich die Kinder, wie bei jeder communio Miteigenthümer, durch einen Ausspruch erhalten die Kinder aber nur ein privilegirtes Pfandrecht (II, 2, 31), es würde ihnen also einseitig vom Vater ihr Eigenthum entzogen werden, was auf keinen Fall anzunehmen ist. Wo ein solcher Ausspruch stattfindet, kann er deßhalb immer nur durch freie Uebereinkunft, durch einen Vertrag, stattgefunden haben, sonst muß reelle Auseinandersetzung eintreten.

Anders verhält sich die Sache nach der Holsteinischen Vormünderverordnung, in der dem Vater ausdrücklich das Recht eines Ausspruchs gegeben ist. Im §. 3 der genannten Verordnung heißt es: der Vater soll mit zwei mütterlichen Verwandten sich bei der Obrigkeit einfinden, und seinen Kindern statt mütterlichen und zugleich väterlichen Erbes, (was ebenfalls für eine noch stattfindende Abschichtung spricht) nach Beschaffenheit seiner Güter das gewissenhaft zugelegte Quantum deklariren, und sodann die ausgesagte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotocoll auf seinen Namen inseriren lassen. Legt man auf die durchschossenen Worte Nachdruck und vergleicht damit den Artikel II, 2, 33 und 34, so könnte man freilich bewogen werden, zu glauben, auch hier sei nur von einer vertragsmäßigen Absonderung die Rede. Allein, daß der Vater immer ein Recht darauf habe, und nicht an die Einwilligung der Kinder oder mütterlichen Verwandten gebunden sei, geht aus andern Stellen deutlich hervor.

Holst. Vorm. Ordn. §. 25. — Dieß Recht der Aussage verliert er, wenn die Kinder mündig geworden.

eod. §. 7 — — — die priesterliche Einsegnung dennoch erschlichen worden, nicht allein eine Strafe von 50 Thlr. unserm Fiskus erlegen, sondern auch sofort, sowol Wittwe, als Wittwer, ohne daß letzterer sich im Geringsten des ihm zustehenden Vorzugs der Aussage mehr erfreuen könne, durch die Obrigkeit des Orts zu rechtlicher Theilung angehalten werden.

Die Mutter hat folglich das Recht des Ausspruchs nicht, der Vater immer, ausgenommen, wenn die Kinder mündig geworden, oder er heimlich eine zweite Ehe eingegangen ist. Diese dem We-

Digitized by Google

sen der communio widersprechende Abweichung kann vielleicht dadurch erklärt werden, daß zur Zeit der Abfassung dieser Verordnung, statt des jetzt angenommenen Begriffs einer Gemeinschaft nach ideellen Theilen, der eines dem Vater zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, allgemeiner angenommen ward.

Ist nun dennoch, trotz des Verbots, bei Eingehung einer neuen Ehe weder abgeschichtet noch abgetheilt, wie wird dann getheilt, falls es endlich dazu kömmt? Nach der Strenge des Rechts müßte man antworten, es findet Abschichtung oder Abtheilung statt, so bald die Kinder oder Vormünder darauf dringen, ohne daß dabei auf das zugebrachte Vermögen des Stiefparens Rücksicht genommen wird. Hat aber die zweite Ehe schon lange gedauert, so kann man nicht läugnen, daß, ist der Stiefparens der Mann, für die Kinder erster Ehe, ist es die Frau, für diese und ihre etwanigen Kinder eine Unbilligkeit sich ergeben würde, weil der Mann die freie Verwaltung des Vermögens hat. Deßhalb haben die Revisoren des L. R. bei der durch Tod erfolgten Auflösung der zweiten Ehe eine andere Theilung eintreten lassen, welche aber auch in dem Fall anzuwenden sein wird, wenn es während noch bestehender zweiter Ehe zur Theilung kömmt. Die Artikel II, 2, 26 und 28 bestimmen die Theilung, wenn unabgeschiedene Kinder aus beiden Ehen vorhanden sind, folgendermaßen. Die Schulden werden vorher von dem gesammten Vermögen abgezogen; die Kosten der zweiten Hochzeit und die Hochzeitskleider ersetzen der Stiefparens und die Kinder zweiter Ehe, dann nehmen die Kinder erster Ehe ihren väterlichen oder mütterlichen Antheil voraus, das des verstorbenen zur zweiten Ehe geschrittenen parens theilen sie mit dem überlebenden Gatten und den Kindern zweiter Ehe nach Kopfzahl. War die zweite Ehe unbeerbt, so wird das Vermögen zur Hälfte getheilt zwischen dem überlebenden parens und den Kindern erster Ehe. Diese Art der Theilung kann man aber keineswegs als eine Modification der Abtheilung ansehen, wie Mevius II, 2, 11. Not. 32; 29. Not. 18 und besonders 28 Not. 21 will, weil in odium der zweiten Ehe dem Ehegatten die Statutarportion genommen sei [11]), sondern es ist eine Modification der Abschichtung, auf die eigentlich die Kinder er-

11) Vergl. Krohn, §. 4 in Triga, Dissertationes p. 45.

ster Ehe ein Recht haben, die aber so beschränkt wurde, weil sie sonst häufig gegen den zweiten Ehegatten und dessen Kinder, wenn von ihnen Vermögen zugebracht war, unbillig gewesen sein würde.

Die Vormünderverordnung für Holstein schreibt vor, daß bei einer zweiten Ehe Abtheilung stattfinden solle; wird dieß nicht befolgt, so soll, nach dem citirten §. 7, außer gewissen Nachtheilen, die den Contravenienten treffen, die Obrigkeit des Orts ihn zur rechtlichen Theilung anhalten. Da aber nicht genau angegeben ist, wie dieselbe dann zu machen sei, sondern es im §. 3 heißt: „nach jeden Orts Rechten", so wird man so unterscheiden müssen. Kömmt es während noch bestehender zweiter Ehe zur Erörterung dieser Frage, so wird fingirt, der Zustand sei derselbe wie vor eingegangener Ehe, und dann nach oben angegebener Weise getheilt; ist aber die zweite Ehe schon wieder durch den Tod getrennt, so tritt die in II, 2, 26 und 28 vorgeschriebene ein.

## IV. Welche Wirkungen hat die Abschichtung und Abtheilung?

Zur gehörigen Beantwortung dieser Frage ist ein dreifaches Verhältniß zu berücksichtigen, das der Eltern und Kinder zu einander, der Geschwister, und das Dritter zu den Eltern und Kindern.

A. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Eltern und Kinder haben wir unser Augenmerk nur auf das Vermögen, nicht auf die persönlichen Beziehungen zu richten, diese bleiben unverändert. Auf das Vermögen sind die Wirkungen verschieden, je nachdem Abschichtung oder Abtheilung stattgefunden hat.

1. Bei der Abschichtung ist zweierlei zu berücksichtigen, nemlich das Recht an dem abgesonderten, und dem den Eltern gebliebenen Vermögen.

a. Hinsichtlich des erstern treten verschiedene Wirkungen ein, je nachdem die Auseinandersetzung durch einen Ausspruch oder reelle Theilung geschieht. Im Falle eines Ausspruches bleibt das Eigenthum bei den Eltern allein, die Kinder haben nach L. R. II, 2, 31 ein Forderungsrecht, das, ist es vor dem Rath geschehen, einen Vorzug vor dem Brautschatz hat, sonst nur die Stelle des Kindergeldes einnimmt; nach der Holst. Vorm.Ordn. §. 3 ein protocollirtes Pfandrecht. Erklären läßt sich dieß rücksichtlich des L. R.

Digitized by Google

nur durch einen Verzicht der Kinder, worauf die Artikel II, 2, 33 und 34 deutlich hinweisen. Die Verfasser der Holst. Vorm.Ordn. sind, wie schon oben gesagt, durch die Idee eines dem parens zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, zu dieser Unbilligkeit verleitet worden. Im Falle einer reellen Theilung geht das volle Eigenthum auf die Kinder über, auf mündige auch die freie Administration, die, sind sie unmündig, dem Vater zusteht, wie nach Holst. Vorm.Ord. §. 2 ebenfalls über das anderswoher Erworbene. Damit ist der Ususfruct verbunden, und er ist nicht verpflichtet, Rechnung abzulegen. Die Mutter hat unter Zuziehung von Assistenten dieselben Rechte, mit der Beschränkung, daß ihr nur ein gemeinschaftlicher Nießbrauch zusteht. Die Eltern behalten Intestaterbrechte an diesem Vermögen; doch treten sie um zwei Grade zurück, die mit abgesonderten und nicht abgesonderten Geschwister gehen vor.

b) An dem dem abschichtenden *parens* bleibenden Vermögen behalten die Kinder, in so fern es Erbgüter sind, die allgemeinen Rechte. Die Mutter, die mit den Kindern in der Gemeinschaft saß, konnte ohne der Kinder Einwilligung über nichts disponiren, jetzt erhält sie freie Disposition. Die Kinder haben überhaupt nur künftige, nemlich Erbrechte, die jedoch bedeutend modificirt sind. Hatte die Abschichtung nemlich zum Zweck einer zweiten Ehe statt gefunden, und war diese beerbt, so sind ihnen alle Rechte genommen; in den übrigen Fällen bleiben sie Intestaterben, jedoch nicht mehr die nächsten, die nicht abgesonderten gehen nemlich vor.

Ueber die Frage: ob die abgesonderten Kinder Pflichttheilsberechtigte sind? ist man nicht einig; die Meisten läugnen es freilich, aber Runde, Mittermaier und Mevius behaupten es nach meiner Meinung mit vollem Recht. Der Anspruch auf einen Pflichttheil ging mit der Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland auch in das Deutsche Recht über, da hier derselbe Grund vorhanden war, der in Rom dazu führte, das nahe Band der Verwandtschaft, welches durch Abschichtung nicht aufgehoben wird. Die Gegner behaupten nun freilich, z. B. Pauli S. 213. Stein §. 153, daß durch die Abschichtung schon der Pflichttheil auf die Kinder gekommen sei. Allein diese Behauptung ist falsch, denn nicht immer erhalten die Kinder durch Abschichtung et-

Digitized by Google

was vom Vermögen des parens superstes (die den Kindern bisher zustehenden ideellen Antheile am Gesammtvermögen sind dadurch nur zu reellen geworden); möglicherweise hat, wollen wir vom väterlichen und mütterlichen Vermögen sprechen, wobei auf das von den Eltern Eingebrachte zu sehen ist, der parens superstes noch etwas vom Vermögen des parens defunctus behalten, wenn nämlich dessen Vermögen größer war, und die Kinder haben dem parens abgegeben, statt von ihm zu erhalten. Ihre Ansprüche auf den Pflichttheil können deßhalb nicht aufgehoben sein, nur dadurch sind sie vielleicht erloschen, daß nähere Intestaterben eingetreten sind, was der Fall sein kann entweder dadurch, daß in der zweiten Ehe Kinder geboren, oder neben den abgesonderten noch unabgesonderte zurückgeblieben sind. Sind solche Kinder aber nicht vorhanden, so treten die abgesonderten als Intestaterben ein, falls der parens superstes ohne Testament starb; hat er ein Testament gemacht, so muß er den Pflichttheil hinterlassen. In dem Wesen der Abschichtung liegt mithin nicht der Verlust des Pflichttheils, dieß könnte nur durch positive Gesetze vorgeschrieben sein, und solche glaubt man auch gefunden zu haben. Man beruft sich nemlich auf II, 2, 33 und 34, wo gesagt ist, daß solche abgesonderte und abgetheilte Kinder nichts mehr zu fordern haben. Die hier genannten abgesonderten und abgetheilten Kinder sind aber keine abgeschichtete, sondern in diesen beiden Artikeln ist von einem Erbvertrage, nicht von einer gesetzlichen Abschichtung die Rede. Das folgt aus dem Schluß des Artikels 33, welcher so lautet:

> würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder der Vater- oder Muttertheil ausdrücklich vorbehalten, das sind keine abgesonderten Kinder.

Wäre hier von der gesetzlichen Abschichtung die Rede, so würde den Kindern und Vormündern das Protestiren nichts helfen, denn dazu ist der Vater unter bestimmten Umständen berechtigt und verpflichtet, und erhalten die Kinder ihren gesetzlich bestimmten Antheil, so müssen sie sich damit begnügen. Es ist ein Fall gemeint, der gewiß nicht selten vorgekommen, und jetzt nach der Vormünderordnung für Holstein eine gesetzlich vorgeschriebene Form der Theilung ist. Weil es nemlich oft beschwerlich und fast unmöglich sein wird, den Bestand des Vermögens genau zu ermitteln, so wird den Kindern

Digitized by Google

nach ungefährer Schätzung eine bestimmte Summe zugesprochen, wobei natürlich die Einwilligung der Kinder oder ihrer Vormünder nothwendig ist. Dasselbe beweist der Artikel 34:

> — — — würde damit der Sohn oder Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern zu der Zeit begnüget und friedlich sein, so ist solche Person, Sohn oder Tochter, abgesondert und abgetheilt, es sei wenig oder viel.

Eben so wenig können die Gegner sich auf II, 2, 16 berufen, in dem es am Schlusse heißt:

> denn diejenigen, welche von den Eltern abgeschieden, haben Nichts zu fordern.

Diese Schlußworte sind nemlich mit den vorhergehenden zu verbinden:

> — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen, doch mit diesen Kindern, welche nicht abgesondert seien.

Hier stehen also abgesonderte und nicht abgesonderte neben einander, weßhalb die abgesonderten, als entferntere Intestaterben, keinen Pflichttheil mehr fordern können.

Der ferner von den Gegnern angeführte Artikel II, 1, 8, spricht mehr gegen sie:

> Machet Jemand ein Testament nach Ordnung Lübschen Rechts, und hat zuvor eine Ehefrau gehabt, davon noch Kinder leben, nimmt er dann ein ander Weib, und zeuget mit derselben auch Kinder, was er alsdann seinen zuvor abgesonderten Kindern in seinem Testament darzu giebt, es sei wie viel oder wenig es wolle, daran müssen sie sich begnügen lassen.

Auch hier sind abgesonderte und nicht abgesonderte Kinder neben einander, weshalb erstere keinen Pflichttheil fordern können; da aber in diesem Artikel, in dem vom Pflichttheit des Lübschen Rechts die Rede ist, ausdrücklich hervorgehoben wird, daß abgesonderte Kinder, sind nicht abgesonderte aus zweiter Ehe vorhanden, keinen Anspruch auf einen Pflichttheil haben, so geht daraus hervor, daß sie im entgegengesetzten Fall sehr wohl darauf Anspruch machen können.

Außerdem findet man einen Grund darin, daß der parens superstes genöthigt ist, alles während der communio prorogata Erworbene einzuwerfen, die Kinder aber nicht, woraus folgen soll, daß

Digitized by Google

sie vom gesammten Vermögen des parens abgeschieden würden. Allein ist dieß der Fall, wie zwar die Praxis lehrt, aber nicht die Gesetze, so kann man darin nur eine Ausnahme und Begünstigung der Kinder finden; aus einem jus singulare darf man aber keine Folgerungen ziehen. Es entspricht nemlich dem Wesen einer communio durchaus, daß das von beiden Seiten Erworbene conferirt wird; haben die Gesetze es einem Theil erlassen, so ist das ein jus singulare. Auch sind die Eltern auf andere Weise wieder dafür begünstigt, indem der Mann und die Frau einen Voraus haben. Da es ferner eine Menge Beispiele giebt, in denen abgeschiedenen Kindern ihr Antheil am später Erworbenen vorbehalten wird, so folgt auch hieraus, daß sie noch Ansprüche am elterlichen Vermögen behalten.

Sehen wir also auf den Grund des Pflichttheils und das Wesen der Schichtung, die nur auf das gemeinschaftliche, nicht auf das väterliche Vermögen sich bezieht, bedenken wir, daß durch *die Abschichtung* die persönlichen Verhältnisse nicht geändert werden, so könnte der einzige Grund, abgeschichteten Kindern den Pflichttheil abzusprechen, in Gesetzesstellen liegen. Die angeführten *beweisen* das aber nicht, folglich wird mit Recht behauptet, daß auch abgeschichtete Kinder Pflichttheilsberechtigte sind, wiewohl die *größere* Anzahl der Schriftsteller sich dagegen ausgesprochen *hat*. Daß umgekehrt unter denselben Verhältnissen auch Eltern im Vermögen ihrer abgeschichteten Kinder ein Recht auf den Pflichttheil haben, läßt sich aus denselben Gründen nicht bezweifeln.

2. Bei der Abtheilung treten in Betreff des abgetheilten Vermögens, mag ein Ausspruch oder eine Theilung statt finden, dieselben Wirkungen ein, wie bei der Abschichtung. Das Kind erhält im Fall eines Ausspruchs ein Forderungs- und Pfandrecht, der Vater wird Alleineigenthümer und hat den Usufruct. Bei der reellen Theilung erhalten die Kinder das Eigenthum, mündige zugleich Verwaltung und Nießbrauch, bei unmündigen bleiben diese dem Vater oder Vormündern. — An dem dem parens bleibenden Vermögen haben die Kinder Intestaterbrechte, und hier unbestritten Anspruch auf den Pflichttheil, da sie gar nicht als abgesonderte gelten [12]).

---

12) Vgl. Falck, Sammlung Schl. Holst. Anzeigen. IV, 477.

Digitized by Google

B. Auf das Verhältniß der Geschwister zu einander hat die Abtheilung gar keinen Einfluß, die Abschichtung aber wie schon erwähnt, hinsichtlich des Erbrechts, da nicht abgesonderte die abgesonderten Geschwister erst beerben, wenn keine mitabgesonderte mehr vorhanden sind, und umgekehrt die abgesonderten durch die nicht abgesonderten ausgeschlossen werden. Sind sie aber die nächsten Intestaterben, so haben sie auch, unter den Voraussetzungen des gemeinen Rechts, Anspruch auf den Pflichttheil.

C. Die Wirkungen der Abschichtung und Abtheilung hinsichtlich dritter Personen beziehen sich nur auf Schuldner und Gläubiger. Für die ersten kommen die allgemeinen Grundsätze von der Cession zur Anwendung. Was die Gläubiger betrifft, so haftet ihnen während der Gütergemeinschaft das gesammte in der Gemeinschaft befindliche Vermögen; deßhalb ist vorgeschrieben, daß, bevor es zur Theilung kommt, die Schulden von demselben abgezogen werden sollen.

II, 2, 26: Die Schuld soll man bezahlen von dem gemeinen Gut.
— — 28: — — — ist da auch Schuld vorhanden, die soll man von dem gemeinen Gut zuvor bezahlen.

Von dem reinen Activvermögen bekommen dann die Kinder ihre Quoten. Geschieht aber die Bezahlung der Schulden nicht sogleich, und reicht nun nachher das dem parens superstes gebliebene Vermögen nicht zu, können dann die Gläubiger die abgeschichteten oder abgetheilten Kinder in Anspruch nehmen? Die Antwort ist verschieden, je nachdem man annimmt, daß die Kinder ihre Quote vermöge Erbrechts oder Vertrags erworben haben. Im ersten Fall haften sie, im zweiten nicht. Es läßt sich nun auf keinen Fall läugnen, daß die Kinder nur vermöge Erbrechts an die Stelle ihres parens defuncti getreten sind, und damit seine Verbindlichkeiten, wie jeder Erbe, übernommen haben; die später mit dem parens superstes vorgenommene Abtheilung oder Abschichtung kann sie unmöglich von dieser Verbindlichkeit befreien, und den Gläubigern etwas von ihrem Rechte nehmen, sie haften so weit die erhaltene Quote reicht, falls sie ein Inventar errichtet; sonst noch weiter. Anders bei der vertragsmäßigen Absonderung, durch welche sie ihre Rechte am Gesammtvermögen aufgeben, die sie alle dem parens superstes übertragen, sie hören auf, Erben zu sein, oder sind es vielmehr nie geworden; durch den dabei statt-

Digitized by Google

gefundenen Verzicht sind alle Rechte und Pflichten dem par. sup. anheimgefallen, der jetzt allein den Gläubigern haftet. Das, was die Kinder bei diesem Vertrag als Gegenleistung von dem parens erhalten, kann von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden, so fern derselbe überhaupt freie Dispositionsbefugniß hatte und nicht in fraudem creditorum handelte. Darauf bezieht sich auch II, 2, 31 wo dem Kindergeld ein Pfandrecht, und zwar, ist es ordentlicher Weis vor dem Rath geschehen, ein Vorzug vor dem Brautschatz gegeben wird, wodurch die Kinder also, als Gläubiger des Gesammtvermögens, mit Vorzugsrechten vor fast allen andern Gläubigern dargestellt sind. So sind auch die Fälle in den Schl.-Holst. Anzeigen, alte Folge, IV, 391, zu erklären, wo die Kinder nur für schuldig zu zahlen gehalten werden, wenn die Abtheilung, als in fraudem creditorum geschehen, bewiesen wird. Denn hier hatte auch eine vertragsmäßige Absonderung statt gefunden. Ebenfalls gehört hierher das Gutachten der Kieler Juristenfacultät in Brinkmann, Rechtskunde I, S. 29, wo die Kinder für schuldig erklärt werden zu zahlen, wenn der Gläubiger beweist: daß der Gemeinschuldner, als er den in Frage befangenen Ausspruch wegen des Eingebrachten seiner ersten Ehefrau zum Besten der implor. Pupillen gethan, nicht mehr so viel im Vermögen gehabt, um seine Gläubiger zu befriedigen, und zugleich die ausgesprochene Summe seinen Kindern erster Ehe gewähren zu können. Ferner stimmt hiermit überein der in Heise und Cropp, Abhandlungen II, 277 entschiedene Fall, bei dem nur, um den gemachten Unterschied zu erklären, zu berücksichtigen ist, daß dort particulaire Gütergemeinschaft gilt.

Hiermit glaube ich die Lehre von der Abschichtung und Abtheilung hinreichend erörtert zu haben. Daß durch Vertrag und Testament bedeutende Veränderungen eintreten können, versteht sich von selbst; doch gehören die dadurch bewirkten Modificationen, welche übrigens auch nach den Grundsätzen über Verträge und Testamente zu beurtheilen sind, nicht in den Bereich dieser Abhandlung, die nur die Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen über die Auflösung der communio prorogata zu ihrem Zwecke hatte.

---

Digitized by Google

## VI.

# Das Erbrecht der adelichen Töchter und deren Verzichte.

Von Reyscher.

### §. 1. Standpunct der Untersuchung. Ansichten der Neueren.

Der Ansicht mancher Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts (Gundling, Senkenberg), daß den Weibern ein Erbrecht nach älterem deutschem Rechte, wenigstens im Grundbesitz gar nicht zugekommen sei, und der Erbverzicht derselben blos als Kautel gedient habe, um gegen das eindringende römische Recht das ausschließliche Erbrecht des Mannsstamms aufrecht zu erhalten, ist zwar schon von J. J. Reinhard[1]) widersprochen worden. Indessen dauerte es lange, bis dieser Widerspruch Geltung erhielt. Noch J. St. Pütter[2]) und J. F. Runde[3]) waren im Wesentlichen jener Meinung und, wie es bei angenommenen Meinungen geht, Spuren der früheren Ansicht von der allgemeinen Zurücksetzung der weiblichen Nachfolge gegen die männ-

1) Abhandlung von dem Erbfolgsrecht derer Töchtern vor denen Stammsvettern in deutschen Reichs-Allodien, Giessen 1746.

2) Auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 824. nr. 33. Hier wird die Meinung ausgesprochen: die Verzichte der adelichen Töchter unterscheiden sich dadurch von anderen Renunciationen, weil hier auf ein Recht verzichtet werde, was sie nicht haben würden, wenn sie auch nicht verzichtet hätten. Doch sagt er auf S. 158. nr. 19 f., daß der Verzicht des Mannsstamms sich immer nur auf Lehen und altväterliche Stammgüter (?) erstreckt habe.

3) J. F. Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts, 6te Aufl., herausg. von Chr. L. Runde, Gött. 1821. §. 646—48.



Digitized by Google

liche sind auch bei den späteren Schriftstellern zurückgeblieben. Alle angeseheneren Germanisten nehmen nun zwar an, daß nach deutschem Recht in der Regel nur den Söhnen vor den Töchtern ein Vorzug zugekommen, und daß nicht der Weiberstamm von dem Mannsstamme überhaupt ausgeschlossen worden sei [4]). Dagegen unterscheidet man zwischen nothwendigen und freiwilligen Fräuleinverzichten, indem unter jenen bloße Scheinverzichte verstanden werden, da angewendet, wo den Töchtern ohnedieß kein Erbrecht gebühre (z. B. bei adelichen Stamm- und Lehengütern); unter letzteren wahre Erbverzichte (pacta renunciativa), um einem wirklich bestehenden Erbrecht zu entsagen [5]). Worauf dieser Unterschied beruhe, und wo die Grenze zwischen nothwendigen und freiwilligen Verzichten sei, darüber ist auch bei diesen neueren Rechtslehrern kein bestimmter Aufschluß zu finden. So sagt Eichhorn in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 349 (renunciative Erbverträge):

> Manches Eigenthümliche haben die Verzichtleistungen adelicher Töchter zum Vortheil ihrer Brüder, die seit dem 13. Jahrhundert gebraucht worden sind, um die Grundsätze des älteren deutschen Rechts über die Vorzüge des Mannsstammes gegen das römische Recht (?) in ihrer Anwendung zu sichern, und nach Entstehung der Familienfideicommisse auf den ganzen Mannsstamm ausgedehnt wurden.

Sodann wird von dem Vorbehalt des ledigen Anfalls gesprochen und hiebei vorausgesetzt, daß den Töchtern an den Gütern, worauf sie zum Besten ihrer Brüder verzichteten, kein Successionsrecht zugestanden, wenn diese nicht ohne Descendenz verstorben. Von dem Umfang der Verzichte ist nicht die Rede. Zwar kann hiebei die Darstellung des Erbrechts zur Ergänzung dienen; allein auch hier erfährt man (§. 333.) im Wesentlichen nur:

---

4) S. namentlich Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 65. 373. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 433. 434. 5. Auflage. Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen, Breslau 1837. S. 164 f. Beseler, Lehre von den Erbverträgen, Thl. II. Bd. 2. Göttingen 1840. S. 265 f.

5) Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 349. Mittermaier a. a. O. §. 457. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts §. 569.

Digitized by Google

Bei dem hohen Adel blieb der Vorzug der Söhne vor den Töchtern durch Standesobservanz und den allgemeinen Gebrauch der Erbverzichte vollständig gesichert, er wurde selbst durch die Familienfideicommisse und Hausgesetze häufig wieder ein Vorzug des ganzen Mannsstammes. Beim niederen Adel wurde zwar das römische Recht für die Intestaterbfolge im Allodio die Regel, die er nur allenthalben durch die Errichtung von Fideicommissen abändern konnte; doch wurde auch hier bald durch particuläre Gesetze, bald durch die Kraft, welche man dem Gebrauch der Erbverzichte hie und da beilegte, zuweilen ein Stammgut desselben anerkannt, in welches eine Erbfolge nach den Regeln des älteren Rechts stattfand.

Das Dasein von Stammgütern wird sodann §. 367 bei dem hohen Adel auf die Observanz der Töchter-Verzichte gegründet, bei dem niederen Adel auf Landesgesetze oder entschiedene Gewohnheit; der Gebrauch der Erbverzichte allein müsse auch hier wenigstens dann für einen Beweis der Stammguts-Eigenschaft gelten, wenn er als Landesgebrauch oder, wie bei der ehemaligen Reichsritterschaft, als Standesgebrauch betrachtet werden müsse.

Hiernach könnte es scheinen, als ob die Töchterverzichte nur die Stammgüter betreffen, während sie von jeher, fast ohne Ausnahme, auf die eigentliche Erbschaft gerichtet wurden. Daß die Töchter in den adelichen Lehen und Stammgütern gegen den gesammten Mannsstamm zurückstehen, kann auch ohne Erbverzicht jetzt als Regel betrachtet werden; allein die Hauptfrage bei den Erbverzichten, welche gewöhnlich nur zu Gunsten der Brüder gefertigt zu werden pflegen, ist die: wie verhält es sich mit der übrigen Erbschaft: kann in dieser Beziehung der Verzicht von den Töchtern gefordert, und können sie, wenn sie nicht verzichtet, gleichwohl als ausgeschlossen betrachtet werden, und zwar von der väterlichen, mütterlichen, brüderlichen Erbschaft u. s. w.?

Von Mittermaier, welcher übrigens in der 5ten Ausgabe seiner Grundsätze des deutschen Privatrechts 2te Abtheilung §. 457 bereits auf Beseler's nachher genannte Schrift Rücksicht genommen hat, wird die Entstehung der Erbverzichte aus verschiedenen Gründen hergeleitet, worunter nun nur noch als unum ex pluri-



Digitized by Google

was vom Vermögen des parens superstes (die den Kindern bisher zustehenden ideellen Antheile am Gesammtvermögen sind dadurch nur zu reellen geworden); möglicherweise hat, wollen wir vom väterlichen und mütterlichen Vermögen sprechen, wobei auf das von den Eltern Eingebrachte zu sehen ist, der parens superstes noch etwas vom Vermögen des parens defunctus behalten, wenn nämlich dessen Vermögen größer war, und die Kinder haben dem parens abgegeben, statt von ihm zu erhalten. Ihre Ansprüche auf den Pflichttheil können deßhalb nicht aufgehoben sein, nur dadurch sind sie vielleicht erloschen, daß nähere Intestaterben eingetreten sind, was der Fall sein kann entweder dadurch, daß in der zweiten Ehe Kinder geboren, oder neben den abgesonderten noch unabgesonderte zurückgeblieben sind. Sind solche Kinder aber nicht vorhanden, so treten die abgesonderten als Intestaterben ein, falls der parens superstes ohne Testament starb; hat er ein Testament gemacht, so muß er den Pflichttheil hinterlassen. In dem Wesen der Abschichtung liegt mithin nicht der Verlust des Pflichttheils, dieß könnte nur durch positive Gesetze vorgeschrieben sein, und solche glaubt man auch gefunden zu haben. Man beruft sich nemlich auf II, 2, 33 und 34, wo gesagt ist, daß solche abgesonderte und abgetheilte Kinder nichts mehr zu fordern haben. Die hier genannten abgesonderten und abgetheilten Kinder sind aber keine abgeschichtete, sondern in diesen beiden Artikeln ist von einem Erbvertrage, nicht von einer gesetzlichen Abschichtung die Rede. Das folgt aus dem Schluß des Artikels 33, welcher so lautet:

> würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder der Vater- oder Muttertheil ausdrücklich vorbehalten, das sind keine abgesonderten Kinder.

Wäre hier von der gesetzlichen Abschichtung die Rede, so würde den Kindern und Vormündern das Protestiren nichts helfen, denn dazu ist der Vater unter bestimmten Umständen berechtigt und verpflichtet, und erhalten die Kinder ihren gesetzlich bestimmten Antheil, so müssen sie sich damit begnügen. Es ist ein Fall gemeint, der gewiß nicht selten vorgekommen, und jetzt nach der Vormünderordnung für Holstein eine gesetzlich vorgeschriebene Form der Theilung ist. Weil es nemlich oft beschwerlich und fast unmöglich sein wird, den Bestand des Vermögens genau zu ermitteln, so wird den Kindern

Digitized by Google

nach ungefährer Schätzung eine bestimmte Summe zugesprochen, wobei natürlich die Einwilligung der Kinder oder ihrer Vormünder nothwendig ist. Dasselbe beweist der Artikel 34:

> — — — würde damit der Sohn oder Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern zu der Zeit begnüget und friedlich sein, so ist solche Person, Sohn oder Tochter, abgesondert und abgetheilt, es sei wenig oder viel.

Eben so wenig können die Gegner sich auf II, 2, 16 berufen, in dem es am Schlusse heißt:

> denn diejenigen, welche von den Eltern abgeschieden, haben Nichts zu fordern.

Diese Schlußworte sind nemlich mit den vorhergehenden zu verbinden:

> — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen, doch mit diesen Kindern, welche nicht abgesondert seien.

Hier stehen also abgesonderte und nicht abgesonderte neben einander, weßhalb die abgesonderten, als entferntere Intestaterben, keinen Pflichttheil mehr fordern können.

Der ferner von den Gegnern angeführte Artikel II, 1, 8, spricht mehr gegen sie:

> Machet Jemand ein Testament nach Ordnung Lübschen Rechts, und hat zuvor eine Ehefrau gehabt, davon noch Kinder leben, nimmt er dann ein ander Weib, und zeuget mit derselben auch Kinder, was er alsdann seinen zuvor abgesonderten Kindern in seinem Testament darzu giebt, es sei wie viel oder wenig es wolle, daran müssen sie sich begnügen lassen.

Auch hier sind abgesonderte und nicht abgesonderte Kinder neben einander, weshalb erstere keinen Pflichttheil fordern können; da aber in diesem Artikel, in dem vom Pflichttheit des Lübschen Rechts die Rede ist, ausdrücklich hervorgehoben wird, daß abgesonderte Kinder, sind nicht abgesonderte aus zweiter Ehe vorhanden, keinen Anspruch auf einen Pflichttheil haben, so geht daraus hervor, daß sie im entgegengesetzten Fall sehr wohl darauf Anspruch machen können.

Außerdem findet man einen Grund darin, daß der parens superstes genöthigt ist, alles während der communio prorogata Erworbene einzuwerfen, die Kinder aber nicht, woraus folgen soll, daß

Digitized by Google

sie vom gesammten Vermögen des parens abgeschieden würden. Allein ist dieß der Fall, wie zwar die Praxis lehrt, aber nicht die Gesetze, so kann man darin nur eine Ausnahme und Begünstigung der Kinder finden; aus einem jus singulare darf man aber keine Folgerungen ziehen. Es entspricht nemlich dem Wesen einer communio durchaus, daß das von beiden Seiten Erworbene conferirt wird; haben die Gesetze es einem Theil erlassen, so ist das ein jus singulare. Auch sind die Eltern auf andere Weise wieder dafür begünstigt, indem der Mann und die Frau einen Voraus haben. Da es ferner eine Menge Beispiele giebt, in denen abgeschiedenen Kindern ihr Antheil am später Erworbenen vorbehalten wird, so folgt auch hieraus, daß sie noch Ansprüche am elterlichen Vermögen behalten.

Sehen wir also auf den Grund des Pflichttheils und das Wesen der Schichtung, die nur auf das gemeinschaftliche, nicht auf das väterliche Vermögen sich bezieht, bedenken wir, daß durch die Abschichtung die persönlichen Verhältnisse nicht geändert werden, so könnte der einzige Grund, abgeschichteten Kindern den Pflichttheil abzusprechen, in Gesetzesstellen liegen. Die angeführten beweisen das aber nicht, folglich wird mit Recht behauptet, daß auch abgeschichtete Kinder Pflichttheilsberechtigte sind, wiewohl die größere Anzahl der Schriftsteller sich dagegen ausgesprochen hat. Daß umgekehrt unter denselben Verhältnissen auch Eltern im Vermögen ihrer abgeschichteten Kinder ein Recht auf den Pflichttheil haben, läßt sich aus denselben Gründen nicht bezweifeln.

2. Bei der Abtheilung treten in Betreff des abgetheilten Vermögens, mag ein Ausspruch oder eine Theilung statt finden, dieselben Wirkungen ein, wie bei der Abschichtung. Das Kind erhält im Fall eines Ausspruchs ein Forderungs- und Pfandrecht, der Vater wird Alleineigenthümer und hat den Usufruct. Bei der reellen Theilung erhalten die Kinder das Eigenthum, mündige zugleich Verwaltung und Nießbrauch, bei unmündigen bleiben diese dem Vater oder Vormündern. — An dem dem parens bleibenden Vermögen haben die Kinder Intestaterbrechte, und hier unbestritten Anspruch auf den Pflichttheil, da sie gar nicht als abgesonderte gelten [12]).

12) Vgl. Falck, Sammlung Schl. Holst. Anzeigen. IV, 477.

Digitized by Google

B. Auf das Verhältniß der Geschwister zu einander hat die Abtheilung gar keinen Einfluß, die Abschichtung aber wie schon erwähnt, hinsichtlich des Erbrechts, da nicht abgesonderte die abgesonderten Geschwister erst beerben, wenn keine mitabgesonderte mehr vorhanden sind, und umgekehrt die abgesonderten durch die nicht abgesonderten ausgeschlossen werden. Sind sie aber die nächsten Intestaterben, so haben sie auch, unter den Voraussetzungen des gemeinen Rechts, Anspruch auf den Pflichttheil.

C. Die Wirkungen der Abschichtung und Abtheilung hinsichtlich dritter Personen beziehen sich nur auf Schuldner und Gläubiger. Für die ersten kommen die allgemeinen Grundsätze von der Cession zur Anwendung. Was die Gläubiger betrifft, so haftet ihnen während der Gütergemeinschaft das gesammte in der Gemeinschaft befindliche Vermögen; deßhalb ist vorgeschrieben, daß, bevor es zur Theilung kommt, die Schulden von demselben abgezogen werden sollen.

II, 2, 26: Die Schuld soll man bezahlen von dem gemeinen Gut.
— — 28: — — — ist da auch Schuld vorhanden, die soll man von dem gemeinen Gut zuvor bezahlen.

Von dem reinen Activvermögen bekommen dann die Kinder ihre Quoten. Geschieht aber die Bezahlung der Schulden nicht sogleich, und reicht nun nachher das dem parens superstes gebliebene Vermögen nicht zu, können dann die Gläubiger die abgeschichteten oder abgetheilten Kinder in Anspruch nehmen? Die Antwort ist verschieden, je nachdem man annimmt, daß die Kinder ihre Quote vermöge Erbrechts oder Vertrags erworben haben. Im ersten Fall haften sie, im zweiten nicht. Es läßt sich nun auf keinen Fall längnen, daß die Kinder nur vermöge Erbrechts an die Stelle ihres parens defuncti getreten sind, und damit seine Verbindlichkeiten, wie jeder Erbe, übernommen haben; die später mit dem parens superstes vorgenommene Abtheilung oder Abschichtung kann sie unmöglich von dieser Verbindlichkeit befreien, und den Gläubigern etwas von ihrem Rechte nehmen, sie haften so weit die erhaltene Quote reicht, falls sie ein Inventar errichtet; sonst noch weiter. Anders bei der vertragsmäßigen Absonderung, durch welche sie ihre Rechte am Gesammtvermögen aufgeben, die sie alle dem parens superstes übertragen, sie hören auf, Erben zu sein, oder sind es vielmehr nie geworden; durch den dabei statt-

Digitized by Google

pflichtet ist, und daß dieselben auf den Vater keine Anwendung leiden. Der Vater ist nemlich Vormund seiner Kinder, hat als solcher die Verwaltung ihres Vermögens, darf sich dieser Pflicht also eben so wenig entziehen, wie andere Vormünder. Darauf deuten auch die Worte: schuldig und gehalten sein, die in allen vier Verordnungen vorkommen. Der Grund, weßhalb man die verschwenderische Mutter zur Theilung zwang, und nicht den Vater, ist gewiß der, daß, da die Mutter schon unter Curatel steht, es kein anderes Mittel mehr giebt, von den Kindern Verlust abzuwenden; der Vater aber konnte noch unter Vormundschaft gestellt werden, und dann war dadurch die Zersplitterung eines Vermögens vermieden, was, wie schon oben bemerkt, oft das Streben der Gesetzgebung gewesen ist [8]).

Das Resultat obiger Untersuchung ist also: nach Lübschem Rechte findet Abschichtung statt im Fall einer zweiten Ehe, die Mutter kann immer, mit Ausnahme der beiden in II, 2, 28 und 30 enthaltenen Fälle, dazu gezwungen werden, beide Eltern sind außerdem nach eigener Willkür dazu berechtigt. Zur Abtheilung sind die Eltern verpflichtet, sobald die Kinder mündig geworden. Nach der Vormünderordnung ist der Vater im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, im Fall der Mündigkeit und der Verheirathung der Töchter zur Abtheilung verpflichtet. Die Mutter ist im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, der Mündigkeit der Kinder, der Verheirathung der Töchter, schlechter Wirthschaft zur Abtheilung verpflichtet, und nach eigenem Gutdünken dazu berechtigt. Daß außerdem von beiden Seiten durch Vertrag das eine oder das andere stattfinden könne, versteht sich von selbst, wie denn auch in der Praxis häufige Aenderungen vorkommen.

## III. Wie wird getheilt?

Die Abschichtung ist genau vorgeschrieben in II, 2, 2 und 3. Der Vater nimmt zum Voraus seinen Harnisch, die Mutter ihren Trauring oder die Surrogate; das Uebrige wird zur Hälfte zwischen dem par. sup. und den Kindern getheilt. Wie fern diese Art

8) Hiemit stimmen überein: Falck, staatsbürgerliches Magazin II, 584. Paulsen, Privatrecht, S. 251. Not. 2.

Digitized by Google

der Theilung noch auf Gültigkeit Anspruch machen kann, ist bereits oben S. 230 gezeigt worden.

Bei der Abtheilung theilen der par. sup. und die Kinder das Vermögen des Verstorbenen nach Kopfzahl [9]). Daß die Praxis sich entschieden so gebildet habe, räumt auch Pauli ein, findet es aber durchaus verwerflich, dem parens einen Kopftheil einzuräumen, wenigstens folge das nicht aus II, 2, 28, wie Mevius behaupte. Dieser Artikel bezieht sich freilich auf einen andern Fall, dient aber doch zur Analogie. Der zweite Ehegatte bekommt nemlich mit seinen Kindern und den Kindern erster Ehe ein Kopftheil aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn man diesem, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, die man sonst immer gegen ihre Stiefeltern zu bevorzugen suchte, diesen Vortheil einräumt, so spricht vielmehr dafür, denselben dem par. sup. erster Ehe im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern zu gestatten. Aus welchen Gründen übrigens Pauli dieß Verfahren tadelt, erfährt man nicht, es läßt sich nur vermuthen, daß er überhaupt die portio statutaria für verwerflich hält, welche indeß im Deutschen Recht begründet ist, sehr genau mit dem Ehe- und Erbrecht zusammenhängt, und fast in allen Particularrechten sich findet. — Nach einigen Particularrechten erhält der par. sup. nicht nur einen Kopftheil, sondern sogar die Hälfte [10]).

Gewöhnlich nimmt man an, die oben beschriebene Abschichtung und Abtheilung habe auf doppelte Weise stattfinden können, entweder durch einen Ausspruch, oder durch reelle Theilung, so auch Pauli S. 194 ff., der dieß, außer durch Stellen des L. R., durch mehrere alte Urkunden zu beweisen sucht. Allein die Stellen des L. R., die man für die Befugniß des Vaters anführt, die Kinder durch einen Ausspruch von sich abzusondern, sind nur auf die eigentliche Absonderung, die vortragsmäßige Auseinandersetzung, zu beziehen, bei der auf das augenblicklich vorhandene Vermögen nicht genau Rücksicht genommen wird. Davon sind gleichfalls die von Pauli angeführten Urkunden zu verstehen, was daraus hervorgeht, daß dabei die Einwilligung der Vormünder und Kinder erwähnt wird, die bei der Abschichtung und Abtheilung nicht erforderlich ist.

9) Vergl. Stein §. 238. Carstens II, 24. Mevius, Comm. II, 2, 11 Not. 12 u. 32. Add. ad Not. 30.

10) Vergl. Sammlung Schl.-Holst. Anzeigen von Falck, IV, 480.

Digitized by Google

Die Befugniß des Vaters, einen Ausspruch zu thun (man verwechsele das nicht mit der vertragsmäßigen Absonderung, die auch so genannt wird) würde auch durchaus dem Wesen der comm. pror. widersprechen. Nach dieser sind nemlich die Kinder, wie bei jeder communio Miteigenthümer, durch einen Ausspruch erhalten die Kinder aber nur ein privilegirtes Pfandrecht (II, 2, 31), es würde ihnen also einseitig vom Vater ihr Eigenthum entzogen werden, was auf keinen Fall anzunehmen ist. Wo ein solcher Ausspruch stattfindet, kann er deßhalb immer nur durch freie Uebereinkunft, durch einen Vertrag, stattgefunden haben, sonst muß reelle Auseinandersetzung eintreten.

Anders verhält sich die Sache nach der Holsteinischen Vormünderverordnung, in der dem Vater ausdrücklich das Recht eines Ausspruchs gegeben ist. Im §. 3 der genannten Verordnung heißt es: der Vater soll mit zwei mütterlichen Verwandten sich bei der Obrigkeit einfinden, und seinen Kindern statt mütterlichen und zugleich väterlichen Erbes, (was ebenfalls für eine noch stattfindende Abschichtung spricht) nach Beschaffenheit seiner Güter das gewissenhaft zugelegte Quantum deklariren, und sodann die ausgesagte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotocoll auf seinen Namen inseriren lassen. Legt man auf die durchschossenen Worte Nachdruck und vergleicht damit den Artikel II, 2, 33 und 34, so könnte man freilich bewogen werden, zu glauben, auch hier sei nur von einer vertragsmäßigen Absonderung die Rede. Allein, daß der Vater immer ein Recht darauf habe, und nicht an die Einwilligung der Kinder oder mütterlichen Verwandten gebunden sei, geht aus andern Stellen deutlich hervor.

Holst. Vorm. Ordn. §. 25. — Dieß Recht der Aussage verliert er, wenn die Kinder mündig geworden.

eod. §. 7 — — — die priesterliche Einsegnung dennoch erschlichen worden, nicht allein eine Strafe von 50 Thlr. unserm Fiskus erlegen, sondern auch sofort, sowol Wittwe, als Wittwer, ohne daß letzterer sich im Geringsten des ihm zustehenden Vorzugs der Aussage mehr erfreuen könne, durch die Obrigkeit des Orts zu rechtlicher Theilung angehalten werden.

Die Mutter hat folglich das Recht des Ausspruchs nicht, der Vater immer, ausgenommen, wenn die Kinder mündig geworden, oder er heimlich eine zweite Ehe eingegangen ist. Diese dem We-

Digitized by Google

sen der communio widersprechende Abweichung kann vielleicht dadurch erklärt werden, daß zur Zeit der Abfassung dieser Verordnung, statt des jetzt angenommenen Begriffs einer Gemeinschaft nach ideellen Theilen, der eines dem Vater zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, allgemeiner angenommen ward.

Ist nun dennoch, trotz des Verbots, bei Eingehung einer neuen Ehe weder abgeschichtet noch abgetheilt, wie wird dann getheilt, falls es endlich dazu kömmt? Nach der Strenge des Rechts müßte man antworten, es findet Abschichtung oder Abtheilung statt, so bald die Kinder oder Vormünder darauf dringen, ohne daß dabei auf das zugebrachte Vermögen des Stiefparens Rücksicht genommen wird. Hat aber die zweite Ehe schon lange gedauert, so kann man nicht läugnen, daß, ist der Stiefparens der Mann, für die Kinder erster Ehe, ist es die Frau, für diese und ihre etwanigen Kinder eine Unbilligkeit sich ergeben würde, weil der Mann die freie Verwaltung des Vermögens hat. Deßhalb haben die Revisoren des L. R. bei der durch Tod erfolgten Auflösung der zweiten Ehe eine andere Theilung eintreten lassen, welche aber auch in dem Fall anzuwenden sein wird, wenn es während noch bestehender zweiter Ehe zur Theilung kömmt. Die Artikel II, 2, 26 und 28 bestimmen die Theilung, wenn unabgeschiedene Kinder aus beiden Ehen vorhanden sind, folgendermaßen. Die Schulden werden vorher von dem gesammten Vermögen abgezogen; die Kosten der zweiten Hochzeit und die Hochzeitskleider ersetzen der Stiefparens und die Kinder zweiter Ehe, dann nehmen die Kinder erster Ehe ihren väterlichen oder mütterlichen Antheil voraus, das des verstorbenen zur zweiten Ehe geschrittenen parens theilen sie mit dem überlebenden Gatten und den Kindern zweiter Ehe nach Kopfzahl. War die zweite Ehe unbeerbt, so wird das Vermögen zur Hälfte getheilt zwischen dem überlebenden parens und den Kindern erster Ehe. Diese Art der Theilung kann man aber keineswegs als eine Modification der Abtheilung ansehen, wie Mevius II, 2, 11. Not. 32; 29. Not. 18 und besonders 28 Not. 21 will, weil in odium der zweiten Ehe dem Ehegatten die Statutarportion genommen sei [11]), sondern es ist eine Modification der Abschichtung, auf die eigentlich die Kinder er-

---

11) Vergl. Krohn, §. 4 in Triga, Dissertationes p. 45.

Digitized by Google

ster Ehe ein Recht haben, die aber so beschränkt wurde, weil sie sonst häufig gegen den zweiten Ehegatten und dessen Kinder, wenn von ihnen Vermögen zugebracht war, unbillig gewesen sein würde.

Die Vormünderverordnung für Holstein schreibt vor, daß bei einer zweiten Ehe Abtheilung stattfinden solle; wird dieß nicht befolgt, so soll, nach dem citirten §. 7, außer gewissen Nachtheilen, die den Contravenienten treffen, die Obrigkeit des Orts ihn zur rechtlichen Theilung anhalten. Da aber nicht genau angegeben ist, wie dieselbe dann zu machen sei, sondern es im §. 3 heißt: „nach jeden Orts Rechten", so wird man so unterscheiden müssen. Kömmt es während noch bestehender zweiter Ehe zur Erörterung dieser Frage, so wird fingirt, der Zustand sei derselbe wie vor eingegangener Ehe, und dann nach oben angegebener Weise getheilt; ist aber die zweite Ehe schon wieder durch den Tod getrennt, so tritt die in II, 2, 26 und 28 vorgeschriebene ein.

## IV. Welche Wirkungen hat die Abschichtung und Abtheilung?

Zur gehörigen Beantwortung dieser Frage ist ein dreifaches Verhältniß zu berücksichtigen, das der Eltern und Kinder zu einander, der Geschwister, und das Dritter zu den Eltern und Kindern.

A. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Eltern und Kinder haben wir unser Augenmerk nur auf das Vermögen, nicht auf die persönlichen Beziehungen zu richten, diese bleiben unverändert. Auf das Vermögen sind die Wirkungen verschieden, je nachdem Abschichtung oder Abtheilung stattgefunden hat.

1. Bei der Abschichtung ist zweierlei zu berücksichtigen, nemlich das Recht an dem abgesonderten, und dem den Eltern gebliebenen Vermögen.

a. Hinsichtlich des erstern treten verschiedene Wirkungen ein, je nachdem die Auseinandersetzung durch einen Ausspruch oder reelle Theilung geschieht. Im Falle eines Ausspruches bleibt das Eigenthum bei den Eltern allein, die Kinder haben nach L. R. II, 2, 31 ein Forderungsrecht, das, ist es vor dem Rath geschehen, einen Vorzug vor dem Brautschatz hat, sonst nur die Stelle des Kindergeldes einnimmt; nach der Holst. Vorm.Ordn. §. 3 ein protocollirtes Pfandrecht. Erklären läßt sich dieß rücksichtlich des L. R.

Digitized by Google

nur durch einen Verzicht der Kinder, worauf die Artikel II, 2, 33 und 34 deutlich hinweisen. Die Verfasser der Holst. Vorm.Ordn. sind, wie schon oben gesagt, durch die Idee eines dem parens zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, zu dieser Unbilligkeit verleitet worden. Im Falle einer reellen Theilung geht das volle Eigenthum auf die Kinder über, auf mündige auch die freie Administration, die, sind sie unmündig, dem Vater zusteht, wie nach Holst. Vorm.Ord. §. 2 ebenfalls über das anderswoher Erworbene. Damit ist der Usufruct verbunden, und er ist nicht verpflichtet, Rechnung abzulegen. Die Mutter hat unter Zuziehung von Assistenten dieselben Rechte, mit der Beschränkung, daß ihr nur ein gemeinschaftlicher Nießbrauch zusteht. Die Eltern behalten Intestaterbrechte an diesem Vermögen; doch treten sie um zwei Grade zurück, die mit abgesonderten und nicht abgesonderten Geschwister gehen vor.

b) An dem dem abschichtenden *parens* bleibenden Vermögen behalten die Kinder, in so fern es Erbgüter sind, die allgemeinen Rechte. Die Mutter, die mit den Kindern in der Gemeinschaft saß, konnte ohne der Kinder Einwilligung über nichts disponiren, jetzt erhält sie freie Disposition. Die Kinder haben überhaupt nur künftige, nemlich Erbrechte, die jedoch bedeutend modificirt sind. Hatte die Abschichtung nemlich zum Zweck einer zweiten Ehe statt gefunden, und war diese beerbt, so sind ihnen alle Rechte genommen; in den übrigen Fällen bleiben sie Intestaterben, jedoch nicht mehr die nächsten, die nicht abgesonderten gehen nemlich vor.

Ueber die Frage: ob die abgesonderten Kinder Pflichttheilsberechtigte sind? ist man nicht einig; die Meisten läugnen es freilich, aber Runde, Mittermaier und Mevius behaupten es nach meiner Meinung mit vollem Recht. Der Anspruch auf einen Pflichttheil ging mit der Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland auch in das Deutsche Recht über, da hier derselbe Grund vorhanden war, der in Rom dazu führte, das nahe Band der Verwandtschaft, welches durch Abschichtung nicht aufgehoben wird. Die Gegner behaupten nun freilich, z. B. Pauli S. 213. Stein §. 153, daß durch die Abschichtung schon der Pflichttheil auf die Kinder gekommen sei. Allein diese Behauptung ist falsch, denn nicht immer erhalten die Kinder durch Abschichtung et-

Digitized by Google

diese, zu den Jahren der Mündigkeit gekommen, es fordern konnten. Pauli folgert auf mir unbegreifliche Weise aus Art 34 eod., wornach im Zweifel die Präsumtion für gänzliche Abfindung ist, daß, wenn ein Kind mit sonderlichem bescheidenen Gute ausgesteuert sei, väterliches oder mütterliches Erbtheil in der Regel das Gesammtvermögen bedeute. In dem Artikel ist aber vom väterlichen oder mütterlichen Erbtheil gar nicht die Rede, er bezieht sich auf denselben Fall wie der citirte Art. 33, in dem von einer Abfindung durch Vertrag die Rede ist, was aus den Worten:

— — würde damit der Sohn oder die Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern derzeit begnüget und friedlich sein,

deutlich hervorgeht. — Auch die Natur der Sache spricht dafür, daß man mündigen Kindern nur gestattete, ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil zu fordern. Da der Vater nicht gezwungen werden konnte, die Kinder auszusteuern, es aber mündigen Kindern, die aus der Vormundschaft gingen, und ein eigenes Geschäft anfangen wollten, von der größten Wichtigkeit sein mußte, etwas Vermögen zu erhalten, so war es politisch richtig, ihnen das Recht zu geben, ihren Antheil vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen zu fordern, nicht aber das Gesammtvermögen durch Abschichtung zu zersplittern. Der Handelspolitik einer Stadt, wie Lübeck, war es angemessen, sowol die Fortdauer alter, als das Emporkommen neuer Handlungshäuser zu begünstigen.

Was den Termin der Mündigkeit betrifft, so ist es streitig, ob man hier den der ältern Statuten oder des revidirten Rechts zur Anwendung bringen soll. Das Mündigkeitsalter des Statuts, welches Pauli vorzieht, kann jedoch gewiß nur in den Fällen giltig sein, in welchen es ausdrücklich durch die Revisoren beibehalten ist, z. B. bei der Testamentsmündigkeit; in den übrigen Fällen tritt gewiß die Mündigkeit erst mit dem 25. Jahr ein nach den Bestimmungen des revidirten Rechts. In Holstein tritt jetzt übrigens allgemein Mündigkeit mit dem 25sten Jahre ein.

Mündigkeit ist übrigens der einzige gesetzliche Grund, aus welchem Abtheilung gefordet werden kann. Daß sie diß in späterer Zeit immer allgemeiner wurde und jetzt fast allein geltend ist, beruht nur auf einem Verzicht, wie schon oben gesagt ist, cf. Pauli 205 u. 6. Irrig ist es deßhalb, sowohl wenn Stein II, 119 u. 120 behauptet, daß es immer im Belieben der Eltern gestanden, abzu-

Digitized by Google

schichten oder abzutheilen, als auch wenn umgekehrt Carstens II, 25 meint, daß es von der Wahl der Kinder abgehangen, Abschichtung oder Abtheilung (er gebraucht dafür die Ausdrücke: Grundtheilung und Ausspruch, letzteres bestimmt gegen den Sinn und die Terminologie des Lübschen Rechts) zu fordern. Der von ihm angeführte Grund, daß Unmündige große Vorrechte hätten, paßt nicht im Entferntesten, da nur Mündige Abtheilung fordern können. Nach jedem Recht wird überhaupt die Lage der Eltern begünstigt sein, was theils aus dem elterlichen Verhältniß, theils aus der geführten Vormundschaft folgt. Doch darf man darin umgekehrt auch nicht zu weit gehen, wie Stein l. c. Daß nemlich Abtheilung statt Abschichtung nur mit Bewilligung der Kinder erfolgt, beweisen die Artikel II, 2, 33 u. 34. Die Eltern würden sonst Alleineigenthümer sein. Auf Stein mag übrigens die damals gültige Ansicht eines condominium in solidum Einfluß gehabt haben, so daß die comm. pror. in ihrer eigenthümlichen Natur bei ihm gar nicht in Betracht kam.

3. Die Vormünderordnung für Holstein vom 13. Sept. 1743 führt drei Gründe an, weßhalb der Vater, und fünf, aus denen die Mutter zur Auflösung der comm. pror. verpflichtet ist; ob diese aber eine Abschichtung oder Abtheilung sei, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Da jedoch im §. 3 der genannten Verordnung ausdrücklich gesagt ist, es solle nach jeden Orts Rechten vom mütterlichen, oder väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich abgetheilt werden, so ist anzunehmen, daß bei den im Lübschen Recht und der Vormünderordnung gleichen Gründen, den Bestimmungen des L. R. gemäß bald Abschichtung, bald Abtheilung eintritt. Findet die Auflösung aus Gründen statt, die nicht auch schon im L. R. enthalten sind, so kann nur Abtheilung gefordert werden, als die zur Zeit der Publication der Verordnung allgemeinere. Die einzelnen Gründe sind, ist der Vater der überlebende: zweite Ehe, Mündigkeit, Verheirathung der Töchter; ist es die Mutter, außer diesen noch: ihr eigner Wille zu theilen und schlechte Haushaltung. Auch in den übrigen drei, in den Herzogthümern Schleswig und Holstein zur Anwendung kommenden, Vormünderordnungen, nemlich für Schleswig, für den gemeinschaftlichen und den großfürstlichen Antheil, sind dieselben Gründe aufgeführt. Man kann daher um so mehr schließen, daß die Mutter nicht ohne guten Gründe in jenen beiden genannten Fällen mehr zur Auflösung der comm. pror. ver-

Digitized by Google

pflichtet ist, und daß dieselben auf den Vater keine Anwendung leiden. Der Vater ist nemlich Vormund seiner Kinder, hat als solcher die Verwaltung ihres Vermögens, darf sich dieser Pflicht also eben so wenig entziehen, wie andere Vormünder. Darauf deuten auch die Worte: schuldig und gehalten sein, die in allen vier Verordnungen vorkommen. Der Grund, weßhalb man die verschwenderische Mutter zur Theilung zwang, und nicht den Vater, ist gewiß der, daß, da die Mutter schon unter Curatel steht, es kein anderes Mittel mehr giebt, von den Kindern Verlust abzuwenden; der Vater aber konnte noch unter Vormundschaft gestellt werden, und dann war dadurch die Zersplitterung eines Vermögens vermieden, was, wie schon oben bemerkt, oft das Streben der Gesetzgebung gewesen ist [8]).

Das Resultat obiger Untersuchung ist also: nach Lübschem Rechte findet Abschichtung statt im Fall einer zweiten Ehe, die Mutter kann immer, mit Ausnahme der beiden in II, 2, 28 und 30 enthaltenen Fälle, dazu gezwungen werden, beide Eltern sind außerdem nach eigener Willkür dazu berechtigt. Zur Abtheilung sind die Eltern verpflichtet, sobald die Kinder mündig geworden. Nach der Vormünderordnung ist der Vater im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, im Fall der Mündigkeit und der Verheirathung der Töchter zur Abtheilung verpflichtet. Die Mutter ist im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, der Mündigkeit der Kinder, der Verheirathung der Töchter, schlechter Wirthschaft zur Abtheilung verpflichtet, und nach eigenem Gutdünken dazu berechtigt. Daß außerdem von beiden Seiten durch Vertrag das eine oder das andere stattfinden könne, versteht sich von selbst, wie denn auch in der Praxis häufige Aenderungen vorkommen.

## III. Wie wird getheilt?

Die Abschichtung ist genau vorgeschrieben in II, 2, 2 und 3. Der Vater nimmt zum Voraus seinen Harnisch, die Mutter ihren Trauring oder die Surrogate; das Uebrige wird zur Hälfte zwischen dem par. sup. und den Kindern getheilt. Wie fern diese Art

8) Hiemit stimmen überein: Falck, staatsbürgerliches Magazin II, 584. Paulsen, Privatrecht, S. 251. Not. 2.

Digitized by Google

der Theilung noch auf Gültigkeit Anspruch machen kann, ist bereits oben S. 230 gezeigt worden.

Bei der Abtheilung theilen der par. sup. und die Kinder das Vermögen des Verstorbenen nach Kopfzahl [9]). Daß die Praxis sich entschieden so gebildet habe, räumt auch Pauli ein, findet es aber durchaus verwerflich, dem parens einen Kopftheil einzuräumen, wenigstens folge das nicht aus II, 2, 28, wie Mevius behaupte. Dieser Artikel bezieht sich freilich auf einen andern Fall, dient aber doch zur Analogie. Der zweite Ehegatte bekommt nemlich mit seinen Kindern und den Kindern erster Ehe ein Kopftheil aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn man diesem, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, die man sonst immer gegen ihre Stiefeltern zu bevorzugen suchte, diesen Vortheil einräumt, so spricht vielmehr dafür, denselben dem par. sup. erster Ehe im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern zu gestatten. Aus welchen Gründen übrigens Pauli dieß Verfahren tadelt, erfährt man nicht, es läßt sich nur vermuthen, daß er überhaupt die portio statutaria für verwerflich hält, welche indeß im Deutschen Recht begründet ist, sehr genau mit dem Ehe- und Erbrecht zusammenhängt, und fast in allen Particularrechten sich findet. — Nach einigen Particularrechten erhält der par. sup. nicht nur einen Kopftheil, sondern sogar die Hälfte [10]).

Gewöhnlich nimmt man an, die oben beschriebene Abschichtung und Abtheilung habe auf doppelte Weise stattfinden können, entweder durch einen Ausspruch, oder durch reelle Theilung, so auch Pauli S. 194 ff., der dieß, außer durch Stellen des L. R., durch mehrere alte Urkunden zu beweisen sucht. Allein die Stellen des L. R., die man für die Befugniß des Vaters anführt, die Kinder durch einen Ausspruch von sich abzusondern, sind nur auf die eigentliche Absonderung, die vortragsmäßige Auseinandersetzung, zu beziehen, bei der auf das augenblicklich vorhandene Vermögen nicht genau Rücksicht genommen wird. Davon sind gleichfalls die von Pauli angeführten Urkunden zu verstehen, was daraus hervorgeht, daß dabei die Einwilligung der Vormünder und Kinder erwähnt wird, die bei der Abschichtung und Abtheilung nicht erforderlich ist.

---

9) Vergl. Stein §. 238. Carstens II, 24. Mevius, Comm. II, 2, 11 Not. 12 u. 32. Add. ad Not. 30.

10) Vergl. Sammlung Schl.-Holst. Anzeigen von Falck, IV, 480.

Digitized by Google

Die Befugniß des Vaters, einen Ausspruch zu thun (man verwechsele das nicht mit der vertragsmäßigen Absonderung, die auch so genannt wird) würde auch durchaus dem Wesen der comm. pror. widersprechen. Nach dieser sind nemlich die Kinder, wie bei jeder communio Miteigenthümer, durch einen Ausspruch erhalten die Kinder aber nur ein privilegirtes Pfandrecht (II, 2, 31), es würde ihnen also einseitig vom Vater ihr Eigenthum entzogen werden, was auf keinen Fall anzunehmen ist. Wo ein solcher Ausspruch stattfindet, kann er deßhalb immer nur durch freie Uebereinkunft, durch einen Vertrag, stattgefunden haben, sonst muß reelle Auseinandersetzung eintreten.

Anders verhält sich die Sache nach der Holsteinischen Vormünderverordnung, in der dem Vater ausdrücklich das Recht eines Ausspruchs gegeben ist. Im §. 3 der genannten Verordnung heißt es: der Vater soll mit zwei mütterlichen Verwandten sich bei der Obrigkeit einfinden, und seinen Kindern statt mütterlichen und zugleich väterlichen Erbes, (was ebenfalls für eine noch stattfindende Abschichtung spricht) nach Beschaffenheit seiner Güter das gewissenhaft zugelegte Quantum deklariren, und sodann die ausgesagte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotocoll auf seinen Namen inseriren lassen. Legt man auf die durchschossenen Worte Nachdruck und vergleicht damit den Artikel II, 2, 33 und 34, so könnte man freilich bewogen werden, zu glauben, auch hier sei nur von einer vertragsmäßigen Absonderung die Rede. Allein, daß der Vater immer ein Recht darauf habe, und nicht an die Einwilligung der Kinder oder mütterlichen Verwandten gebunden sei, geht aus andern Stellen deutlich hervor.

Holst. Vorm. Ordn. §. 25. — Dieß Recht der Aussage verliert er, wenn die Kinder mündig geworden.

eod. §. 7 — — — die priesterliche Einsegnung dennoch erschlichen worden, nicht allein eine Strafe von 50 Thlr. unserm Fiskus erlegen, sondern auch sofort, sowol Wittwe, als Wittwer, ohne daß letzterer sich im Geringsten des ihm zustehenden Vorzugs der Aussage mehr erfreuen könne, durch die Obrigkeit des Orts zu rechtlicher Theilung angehalten werden.

Die Mutter hat folglich das Recht des Ausspruchs nicht, der Vater immer, ausgenommen, wenn die Kinder mündig geworden, oder er heimlich eine zweite Ehe eingegangen ist. Diese dem We-

sen der communio widersprechende Abweichung kann vielleicht dadurch erklärt werden, daß zur Zeit der Abfassung dieser Verordnung, statt des jetzt angenommenen Begriffs einer Gemeinschaft nach ideellen Theilen, der eines dem Vater zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, allgemeiner angenommen ward.

Ist nun dennoch, trotz des Verbots, bei Eingehung einer neuen Ehe weder abgeschichtet noch abgetheilt, wie wird dann getheilt, falls es endlich dazu kömmt? Nach der Strenge des Rechts müßte man antworten, es findet Abschichtung oder Abtheilung statt, so bald die Kinder oder Vormünder darauf dringen, ohne daß dabei auf das zugebrachte Vermögen des Stiefparens Rücksicht genommen wird. Hat aber die zweite Ehe schon lange gedauert, so kann man nicht läugnen, daß, ist der Stiefparens der Mann, für die Kinder erster Ehe, ist es die Frau, für diese und ihre etwanigen Kinder eine Unbilligkeit sich ergeben würde, weil der Mann die freie Verwaltung des Vermögens hat. Deßhalb haben die Revisoren des L. R. bei der durch Tod erfolgten Auflösung der zweiten Ehe eine andere Theilung eintreten lassen, welche aber auch in dem Fall anzuwenden sein wird, wenn es während noch bestehender zweiter Ehe zur Theilung kömmt. Die Artikel II, 2, 26 und 28 bestimmen die Theilung, wenn unabgeschiedene Kinder aus beiden Ehen vorhanden sind, folgendermaßen. Die Schulden werden vorher von dem gesammten Vermögen abgezogen; die Kosten der zweiten Hochzeit und die Hochzeitskleider ersetzen der Stiefparens und die Kinder zweiter Ehe, dann nehmen die Kinder erster Ehe ihren väterlichen oder mütterlichen Antheil voraus, das des verstorbenen zur zweiten Ehe geschrittenen parens theilen sie mit dem überlebenden Gatten und den Kindern zweiter Ehe nach Kopfzahl. War die zweite Ehe unbeerbt, so wird das Vermögen zur Hälfte getheilt zwischen dem überlebenden parens und den Kindern erster Ehe. Diese Art der Theilung kann man aber keineswegs als eine Modification der Abtheilung ansehen, wie Mevius II, 2, 11. Not. 32; 29. Not. 18 und besonders 28 Not. 21 will, weil in odium der zweiten Ehe dem Ehegatten die Statutarportion genommen sei [11]), sondern es ist eine Modification der Abschichtung, auf die eigentlich die Kinder er-

---

11) Vergl. Krohn, §. 4 in Triga, Dissertationes p. 45.

Antrag der Kinder theilen muß. Auch kann es nicht auffallen, daß eine solche Verschiedenheit zwischen Mann und Frau statt findet, da ja in jeder Hinsicht die Frau und Wittwe beschränkter ist, als der Mann und Wittwer; sie muß Vormünder bestellen lassen, I, 7, 12; darf nicht veräußern II, 2, 8; muß Assistenten und Curatoren haben, ohne die sie nicht gerichtlich auftreten kann, I, 7, 12. Es war deßhalb allerdings für die Kinder von großem Vortheil, hinsichtlich ihrer ideellem Antheile am Vermögen nicht mit den Beschränkungen der überlebenden Mutter unterworfen zu sein. Daß von der Wittwe aber eine Abschichtung, und nicht nur eine Abtheilung, gefordert werden konnte, folgt daraus, daß die Abschichtung nach älterm L. R. das Gewöhnliche war, die Abtheilung erst allmählig aufkam, und nur für die bestimmten Fälle, die gleich unten erörtert werden.

Fast einstimmig hält man außerdem den überlebenden parens, nicht nur die Mutter, sondern auch den Vater zur Abschichtung verpflichtet im Fall der Verschwendung und Vermögenszerstreuung [6]. Das Hamburger Stadtrecht III, 3, 3 u. 5 enthält freilich diesen Fall, aber im L. R. ist er weder in den älteren Codices noch im revidirten R. enthalten, und wir sind um so weniger berechtigt, ohne gesetzliche Vorschrift dieß anzunehmen, da durch andere gesetzliche Bestimmungen der, aus der Verschwendung für die Kinder möglicherweise entstehenden, Vermögensbeeinträchtigung vorgebeugt ist. Zufolge I, 7, 6 sollen nemlich Verschwender ihrer Güter unter Vormundschaft gestellt werden, das würde auch hier der Fall sein müssen, so daß die Kinder keinen Schaden leiden, der Vater aber den Genuß der Einkünfte behält, und, falls er aus der Vormundschaft entlassen wird, die Verwaltung wieder übernehmen und die communio prorogata fortführen kann, was, wäre einmal abgeschichtet, nicht mehr möglich ist. Dennoch, obwohl weder Gesetze noch die Vernunft für diesen Abschichtungsgrund sind, hat die Praxis ihn allgemein eingeführt.

Ferner behaupten Viele, daß mündige Kinder Abschichtung fordern könnten; ihnen steht aber nur, wie gleich gezeigt werden wird, ein Recht auf Abtheilung zu.

---

6) Stein II, §. 206, Carstens II, S. 20.

Digitized by Google

Kann nun außer diesen Fällen, in denen die Abschichtung nothwendig ist, dieselbe auch auf einseitigen Antrag des *parens*, nach seinem Belieben statt finden? Die Meinungen darüber sind sehr getheilt: Behn S. 38 und 39 läßt eine Abschichtung nur in den einzelnen, oben bestimmten Fällen zu, eben so Runde, Deutsches Privatr. 608 b. Not. b. Auch Pauli scheint dem parens das Recht nicht zuzugestehen, da er weder bei der unfreiwilligen Absonderung noch Abtheilung etwas davon erwähnt. Anderer Meinung dagegen sind Eichhorn, Einleitung ins D. Pr. R. §. 310. Mittermaier, Deutsch. Pr. R. §. 355; Stein, Erörterungen II, §. 204; Carstens, Beiträge, II, 24; Mevius, Commentar II, 2, 29, 1 und 4, denen man offenbar beistimmen muß. Die Gegner berufen sich auf den Artikel 104 des alten Lübschen Rechtsbuchs von 1254, cont. 1370.

> Welk man sittet na sines wives dode offte ein wiff na eres mannes dode myth kinderen unde der kinder ein syn dinck so anschleith dat de frunde an beidenn siden daraver klaghen werden se denne des tho rade dat kind schall nemen sin andell an enem stucke edder an gelth unde moth darmede schedenn wesen von sinen anderen broderen unde susterenn.

Da hier ein besonderer Grund angegeben sein soll, aus dem es erlaubt wäre Kinder abzuschichten, so wird daraus gefolgert, daß es in allen andern Fällen unstatthaft sei. Allein einmal ist dieser Artikel nicht in das revidirte L. R. aufgenommen, welches allein das für uns gültige ist; dann bezieht sich aber auch der angeführte Artikel auf einen ganz andern Fall. Es ist nämlich hier nicht von einem Gesammtvermögen, einer communio prorogata die Rede sondern von zusammen geführten Geschäften, wo ferner die Umstände andere waren, indem nicht der Vater, sondern die Verwandten auf Aufhebung des bestehenden Verhältnisses klagten [7]). Auch das von Stein in seinen Erläuterungen II, §. 238 angeführte Präjudikat, welches bereits oben S. 234 citirt ist, wird gegnerischerseits als beweisend angeführt. In demselben wird offenbar der Mutter die einseitige Abschichtung untersagt, aber um so unbegreiflicher, da hier sogar eine Wiederverheirathung statt finden sollte. Ein einziges Urtheil macht aber bekanntlich kein Recht, vor allem nicht, wenn es

7) Vgl. Pauli S. 174 ff.


Digitized by Google

bestimmten Gesetzen widerspricht. Endlich führen die Gegner als Grund an: stände es in der Willkür des parens zu theilen wenn er wollte, wäre es überflüssig die andern Fälle der Wiederverheirathung ꝛc. ꝛc. speciell hervorzuheben, daraus könne man vielmehr auf das Gegentheil schließen. Hier wird indeß von ihnen die Nothwendigkeit der Abschichtung mit der von der Willkür des parens abhängigen Möglichkeit einer solchen verwechselt. Daß dem parens aber dieß Recht zusteht, entscheiden mehrere Stellen des revidirten L. R. Die von Stein angeführten II, 2, 2 u. 3 beweisen freilich Nichts, denn sie enthalten nur die Art der Abschichtung, falls es zur Theilung kömmt. Das Recht dazu ist aber bestimmt ausgesprochen in

II, 2, 6. Wenn Mann und Frau Kinder mit einander haben, verstirbet ihrer eins, es sei Mann oder Weib, welches über bleibt, das theilt das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert sein: —

eod. 29. Ein Mann der mit seinen Kindern theilen will, wenn er kein Weib hat, oder aber die Kinder unter sich selbst theilen wollen, das mögen sie wol thun.

Ferner folgt dieß Recht aus der Natur der communio, welchen Begriff man, nicht den widersinnigen eines Gesammteigenthums, diesen Güterverhältnissen zum Grunde legen muß, denn bei einer solchen kann jeder Theilnehmer auf Theilung dringen, so fern er veräußerungsfähig ist. — Mevius l. c. 5—6 spricht der Mutter die Befugniß ab, die Kinder wider ihren Willen abzuschichten, weil ihr dieselbe im cit. Art. 29 nicht ausdrücklich gegeben sei. Dieser Grund hätte aber nur dann Gewicht, wenn das Recht abzuschichten als jus singulare anzusehen, und nicht, wie wirklich der Fall, in der Natur des Verhältnisses begründet wäre.

Daß mündige Kinder das Recht nicht haben, auf Abschichtung zu dringen, kann man sich nur aus dem besondern Verhältniß der Kinder zu den Eltern, der väterlichen Gewalt, erklären; vielleicht haben dabei auch Handelsrücksichten obgewaltet.

2. Die Abtheilung findet nach L. R. gesetzlich nur in Einem Falle statt, nämlich, wenn die Kinder mündig und noch nicht ausgesteuert sind, und ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil vom parens superstes fordern.

II, 2, 11. Wenn Vater und Mutter Kinder haben, und alsdann

Digitized by Google

der Eltern eins verstirbt, seyend der Kinder Eins oder mehr zu ihren mündigen Jahren kommen und wollen ihr Erbtheil haben von dem verstorbenen Vater oder Mutter, man soll ihnen dasselbe nicht verweigern.

Mehrere verstehen diesen Artikel nicht von der Abtheilung, sondern von der Abschichtung, so: Pauli, S. 168 u. 206, Behn, S. 38; weil die Abtheilung dem ältern Recht unbekannt sei. Allein dieß ist nur zum Theil wahr, selten war sie allerdings, daß sie indeß schon zur Zeit des revidirten Rechts bekannt gewesen, ergeben theils Urkunden, theils die Fassung dieses Artikels, der eine Aenderung des ältern Rechts enthält. In dem lautet nemlich der Artikel 101 so:

> Welck man unde wiff dede kinder tho hope hebben unde erer ein vorstervеth dat sy man effte wiff is dat also dat der kinder ein edder alle mündich syn unde eschenn ere andell offte erve men mach en des nicht vorwesenn in düssenn Rechte.

Das Wort erve, welches unbestimmt auf das gesammte Vermögen ging, haben die Revisoren für nöthig gehalten genauer zu bestimmen oder abzuändern durch: ihr Erbtheil — von dem verstorbenen Vater oder Mutter. — Ein anderer von Behn erwähnter Grund, daß Fälle erwähnt werden, in denen, während einige Geschwister noch mit ihren Gütern in der Were sich befinden, andere schon abgeschichtet waren und keine Rechte mehr an den Gütern des überlebenden parens hatten, ist von keinem Gewicht. Denn da es in der Willkür des Vaters stand, abzuschichten wann er wollte, so mußte es ihm frei stehen, einige oder alle Kinder abzutheilen, da überdieß die mündigen nicht gezwungen waren, Abtheilung zu fordern, sondern auch in der Gemeinschaft bleiben konnten. Daß eine Abtheilung, vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen allein, bekannt war, beweis't ferner

> II, 2, 33 am Ende: — — würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder das väterliche oder mütterliche ausdrücklich vorbehalten, das seyen keine abgesonderte Kinder.

Der Artikel handelt von einer Abfindung durch Vergleich; konnten die Parteien sich darüber nicht vereinigen, und auch keine Abschichtung gefordert werden, so mußten die Freunde und Vormünder den Kindern ihr väterliches oder mütterliches Erbtheil vorbehalten, bis



Digitized by Google

diese, zu den Jahren der Mündigkeit gekommen, es fordern konnten. Pauli folgert auf mir unbegreifliche Weise aus Art 34 cod., wornach im Zweifel die Präsumtion für gänzliche Abfindung ist, daß, wenn ein Kind mit sonderlichem bescheidenen Gute ausgesteuert sei, väterliches oder mütterliches Erbtheil in der Regel das Gesammtvermögen bedeute. In dem Artikel ist aber vom väterlichen oder mütterlichen Erbtheil gar nicht die Rede, er bezieht sich auf denselben Fall wie der citirte Art. 33, in dem von einer Abfindung durch Vertrag die Rede ist, was aus den Worten:

— — würde damit der Sohn oder die Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern derzeit begnüget und friedlich sein,

deutlich hervorgeht. — Auch die Natur der Sache spricht dafür, daß man mündigen Kindern nur gestattete, ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil zu fordern. Da der Vater nicht gezwungen werden konnte, die Kinder auszusteuern, es aber mündigen Kindern, die aus der Vormundschaft gingen, und ein eigenes Geschäft anfangen wollten, von der größten Wichtigkeit sein mußte, etwas Vermögen zu erhalten, so war es politisch richtig, ihnen das Recht zu geben, ihren Antheil vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen zu fordern, nicht aber das Gesammtvermögen durch Abschichtung zu zersplittern. Der Handelspolitik einer Stadt, wie Lübeck, war es angemessen, sowol die Fortdauer alter, als das Emporkommen neuer Handlungshäuser zu begünstigen.

Was den Termin der Mündigkeit betrifft, so ist es streitig, ob man hier den der ältern Statuten oder des revidirten Rechts zur Anwendung bringen soll. Das Mündigkeitsalter des Statuts, welches Pauli vorzieht, kann jedoch gewiß nur in den Fällen gültig sein, in welchen es ausdrücklich durch die Revisoren beibehalten ist, z. B. bei der Testamentsmündigkeit; in den übrigen Fällen tritt gewiß die Mündigkeit erst mit dem 25. Jahr ein nach den Bestimmungen des revidirten Rechts. In Holstein tritt jetzt übrigens allgemein Mündigkeit mit dem 25sten Jahre ein.

Mündigkeit ist übrigens der einzige gesetzliche Grund, aus welchem Abtheilung gefordet werden kann. Daß sie diß in späterer Zeit immer allgemeiner wurde und jetzt fast allein geltend ist, beruht nur auf einem Verzicht, wie schon oben gesagt ist, cf. Pauli 205 u. 6. Irrig ist es deßhalb, sowohl wenn Stein II, 119 u. 120 behauptet, daß es immer im Belieben der Eltern gestanden, abzu-

Digitized by Google

schichten oder abzutheilen, als auch wenn umgekehrt Carstens II, 25 meint, daß es von der Wahl der Kinder abgehangen, Abschichtung oder Abtheilung (er gebraucht dafür die Ausdrücke: Grundtheilung und Ausspruch, letzteres bestimmt gegen den Sinn und die Terminologie des Lübschen Rechts) zu fordern. Der von ihm angeführte Grund, daß Unmündige große Vorrechte hätten, paßt nicht im Entferntesten, da nur Mündige Abtheilung fordern können. Nach jedem Recht wird überhaupt die Lage der Eltern begünstigt sein, was theils aus dem elterlichen Verhältniß, theils aus der geführten Vormundschaft folgt. Doch darf man darin umgekehrt auch nicht zu weit gehen, wie Stein l. c. Daß nemlich Abtheilung statt Abschichtung nur mit Bewilligung der Kinder erfolgt, beweisen die Artikel II, 2, 33 u. 34. Die Eltern würden sonst Alleineigenthümer sein. Auf Stein mag übrigens die damals gültige Ansicht eines condominium in solidum Einfluß gehabt haben, so daß die comm. pror. in ihrer eigenthümlichen Natur bei ihm gar nicht in Betracht kam.

3. Die Vormünderordnung für Holstein vom 13. Sept. 1743 führt drei Gründe an, weßhalb der Vater, und fünf, aus denen die Mutter zur Auflösung der comm. pror. verpflichtet ist; ob diese aber eine Abschichtung oder Abtheilung sei, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Da jedoch im §. 3 der genannten Verordnung ausdrücklich gesagt ist, es solle nach jeden Orts Rechten vom mütterlichen, oder väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich abgetheilt werden, so ist anzunehmen, daß bei den im Lübschen Recht und der Vormünderordnung gleichen Gründen, den Bestimmungen des L. R. gemäß bald Abschichtung, bald Abtheilung eintritt. Findet die Auflösung aus Gründen statt, die nicht auch schon im L. R. enthalten sind, so kann nur Abtheilung gefordert werden, als die zur Zeit der Publication der Verordnung allgemeinere. Die einzelnen Gründe sind, ist der Vater der überlebende: zweite Ehe, Mündigkeit, Verheirathung der Töchter; ist es die Mutter, außer diesen noch: ihr eigner Wille zu theilen und schlechte Haushaltung. Auch in den übrigen drei, in den Herzogthümern Schleswig und Holstein zur Anwendung kommenden, Vormünderordnungen, nemlich für Schleswig, für den gemeinschaftlichen und den großfürstlichen Antheil, sind dieselben Gründe aufgeführt. Man kann daher um so mehr schließen, daß die Mutter nicht ohne guten Gründe in jenen beiden genannten Fällen mehr zur Auflösung der comm. pror. ver-

Digitized by Google

pflichtet ist, und daß dieselben auf den Vater keine Anwendung leiden. Der Vater ist nemlich Vormund seiner Kinder, hat als solcher die Verwaltung ihres Vermögens, darf sich dieser Pflicht also eben so wenig entziehen, wie andere Vormünder. Darauf deuten auch die Worte: schuldig und gehalten sein, die in allen vier Verordnungen vorkommen. Der Grund, weßhalb man die verschwenderische Mutter zur Theilung zwang, und nicht den Vater, ist gewiß der, daß, da die Mutter schon unter Curatel steht, es kein anderes Mittel mehr giebt, von den Kindern Verlust abzuwenden; der Vater aber konnte noch unter Vormundschaft gestellt werden, und dann war dadurch die Zersplitterung eines Vermögens vermieden, was, wie schon oben bemerkt, oft das Streben der Gesetzgebung gewesen ist [8]).

Das Resultat obiger Untersuchung ist also: nach Lübschem Rechte findet Abschichtung statt im Fall einer zweiten Ehe, die Mutter kann immer, mit Ausnahme der beiden in II, 2, 28 und 30 enthaltenen Fälle, dazu gezwungen werden, beide Eltern sind außerdem nach eigener Willkür dazu berechtigt. Zur Abtheilung sind die Eltern verpflichtet, sobald die Kinder mündig geworden. Nach der Vormünderordnung ist der Vater im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, im Fall der Mündigkeit und der Verheirathung der Töchter zur Abtheilung verpflichtet. Die Mutter ist im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, der Mündigkeit der Kinder, der Verheirathung der Töchter, schlechter Wirthschaft zur Abtheilung verpflichtet, und nach eigenem Gutdünken dazu berechtigt. Daß außerdem von beiden Seiten durch Vertrag das eine oder das andere stattfinden könne, versteht sich von selbst, wie denn auch in der Praxis häufige Aenderungen vorkommen.

## III. Wie wird getheilt?

Die Abschichtung ist genau vorgeschrieben in II, 2, 2 und 3. Der Vater nimmt zum Voraus seinen Harnisch, die Mutter ihren Trauring oder die Surrogate; das Uebrige wird zur Hälfte zwischen dem par. sup. und den Kindern getheilt. Wie fern diese Art

8) Hiemit stimmen überein: Falck, staatsbürgerliches Magazin II, 584. Paulsen, Privatrecht, S. 251. Not. 2.

Digitized by Google

der Theilung noch auf Gültigkeit Anspruch machen kann, ist bereits oben S. 230 gezeigt worden.

Bei der Abtheilung theilen der par. sup. und die Kinder das Vermögen des Verstorbenen nach Kopfzahl [9]. Daß die Praxis sich entschieden so gebildet habe, räumt auch Pauli ein, findet es aber durchaus verwerflich, dem parens einen Kopftheil einzuräumen, wenigstens folge das nicht aus II, 2, 28, wie Mevius behaupte. Dieser Artikel bezieht sich freilich auf einen andern Fall, dient aber doch zur Analogie. Der zweite Ehegatte bekommt nemlich mit seinen Kindern und den Kindern erster Ehe ein Kopftheil aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn man diesem, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, die man sonst immer gegen ihre Stiefeltern zu bevorzugen suchte, diesen Vortheil einräumt, so spricht vielmehr dafür, denselben dem par. sup. erster Ehe im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern zu gestatten. Aus welchen Gründen übrigens Pauli dieß Verfahren tadelt, erfährt man nicht, es läßt sich nur vermuthen, daß er überhaupt die portio statutaria für verwerflich hält, welche indeß im Deutschen Recht begründet ist, sehr genau mit dem Ehe- und Erbrecht zusammenhängt, und fast in allen Particularrechten sich findet. — Nach einigen Particularrechten erhält der par. sup. nicht nur einen Kopftheil, sondern sogar die Hälfte [10].

Gewöhnlich nimmt man an, die oben beschriebene Abschichtung und Abtheilung habe auf doppelte Weise stattfinden können, entweder durch einen Ausspruch, oder durch reelle Theilung, so auch Pauli S. 194 ff., der dieß, außer durch Stellen des L. R., durch mehrere alte Urkunden zu beweisen sucht. Allein die Stellen des L. R., die man für die Befugniß des Vaters anführt, die Kinder durch einen Ausspruch von sich abzusondern, sind nur auf die eigentliche Absonderung, die vortragsmäßige Auseinandersetzung, zu beziehen, bei der auf das augenblicklich vorhandene Vermögen nicht genau Rücksicht genommen wird. Davon sind gleichfalls die von Pauli angeführten Urkunden zu verstehen, was daraus hervorgeht, daß dabei die Einwilligung der Vormünder und Kinder erwähnt wird, die bei der Abschichtung und Abtheilung nicht erforderlich ist.

9) Vergl. Stein §. 238. Carstens II, 24. Mevius, Comm. II, 2, 11 Not. 12 u. 32. Add. ad Not. 30.

10) Vergl. Sammlung Schl.-Holst. Anzeigen von Falck, IV, 480.

durch Schenkungen an Kinder nicht ihnen ein Vortheil zugewandt, sondern nur das mütterliche Vermögen vergrößert würde. Ist es die Mutter, welche abtheilt, und die Kinder sollten das während noch bestehender Ehe vom Vater Erhaltene einbringen, so wäre auch dadurch die gesetzliche Dispositionsbefugniß des Vaters aufgehoben. Kamen aber die Schenkungen nach dem Tode des Mannes, während der comm. pror. von der Mutter, so sind solche überall nur zulässig nach II, 2, 16, wenn die Kinder einwilligen. Forderten sie nun später Collation, so würden sie ihre eigenen Handlungen angreifen, was ja allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwider ist. — Hierdurch scheint mir hinreichend dargethan, daß weder bei der Abschichtung noch bei der Abtheilung eine Collation gefordert werden könne, und die Behauptung einer solchen kann nur durch den Mißverstand entstanden sein, daß man diese als Erbfolgen ansah, was sie nicht waren, da durch solche nur, was schon vorher ideell war, jetzt reell wurde. In einen andern Fehler ist noch Behn, S. 38. verfallen, der sogar den mit dem erhaltenen Gute gemachten Erwerb zur Theilung mit den andern Kindern bringen will, was nicht einmal nach gemeinem Recht zulässig ist, da die Früchte und Zinsen erst vom Augenblick der geforderten Collation zu berechnen sind [5]).

Die kurze Antwort auf die erste Frage: was wird getheilt? ist also: zu dem zu theilenden Gesammtvermögen gehört das vom Vater und der Mutter Eingebrachte und während der Ehe Erworbene, wie auch das von dem par. sup. während der comm. pror. Erworbene; die ideellen Antheile der Eltern oder Kinder am Vermögen der resp. Eltern oder Großeltern werden vorbehalten; eine Collation findet nicht statt.

### II. Wann wird getheilt?

1. Der überlebende Ehegatte ist nach L. R. **bei Eingehung einer zweiten Ehe zur Abschichtung verpflichtet.**

II, 2, 21: Stirbet ein Mann sein Weib, und haben sie miteinander Kinder gezeuget, greiffet er dann zur andern Ehe, so soll er Rechnung thun den Freunden seiner Kinder — — — damit den Kindern das Ihre bleibe.

eod. 29: Es mag auch kein Wittwer ein ander Weib nehmen ohne seiner Kinder Freunde Vorwissen, und seines gewesenen

5) Langen und Kori, Erörterungen II, 20.

Digitized by Google

Weibes Freunden, und theile dann mit seinen Kindern und seines Weibes Freunden nach dieser Stadt Recht, so mag er alsdann zur andern Ehe greiffen. Also soll auch ingleichen eine Wittfrau thun, wenn sie zu der andern Ehe schreiten will.

Es finden sich zwar einzelne Fälle, in denen bei einer Wiederverheirathung die Abschichtung unterblieben ist; allein diese können in einem Vertrag oder Versehen ihren Grund haben, und wenn das geschehen ist, hat man für nöthig befunden die Theilung so zu ändern, wie sie in II, 2, 28 vorgeschrieben ist, aus welcher Stelle sogar hervorgeht, daß die Gemeinschaft durch eine Wiederverheirathung ex ipso aufgehoben ist, indem von da an das ursprüngliche Gut des Vaters und der Mutter unterschieden wird.

Dieß ist die einzige Ursache, aus welcher der überlebende Vater zur Abschichtung verpflichtet ist; war hingegen die Mutter die überlebende, so verhielt sich die Sache ganz anders. Sie mußte nemlich auch abschichten, wenn sie in ein Kloster oder Gotteshaus eintrat.

II, 2, 8. — — — Will sie sich aber anderweit verehelichen, oder in ein Kloster oder Gotteshaus bekauffen, so muß sie theilen mit den Kindern.

Außerdem soll sie nach Stein's Erörterungen II, §. 120. nur zur Abschichtung verpflichtet sein, wenn der Vater im Testament diese befohlen hat. Beachtet man indeß zwei Stellen des L. R., so muß man behaupten, daß die Mutter immer auf Antrag der Kinder oder deren Vormünder abschichten muß, mit Ausnahme von zwei Fällen. Es heißt:

II, 2, 8. Haben Mann und Weib Kinder miteinander, und werden alle in den Ehestand begeben, stirbet der Mann, die Frau bleibet besitzen in allen Gütern.

Daraus folgt, daß wenn die Kinder nicht in den Ehestand begeben sind, und dazu wie gewöhnlich ausgesteuert, die Frau nicht sitzen bleibt, sondern abschichten muß. Einen andern Beweis enthält:

II, 2, 30. Nach des Mannes Tode, wenn seine verlassene Wittfrau schwanger ist, soll sie so lange in des Mannes Gut bleiben und aus dem gemeinen Gut nicht gewiesen werden, bis sie der Geburt genesen.

Hieraus ergiebt sich, daß die Ehefrau in allen andern Fällen auf

Digitized by Google

Antrag der Kinder theilen muß. Auch kann es nicht auffallen, daß eine solche Verschiedenheit zwischen Mann und Frau statt findet, da ja in jeder Hinsicht die Frau und Wittwe beschränkter ist, als der Mann und Wittwer; sie muß Vormünder bestellen lassen, I, 7, 12; darf nicht veräußern II, 2, 8; muß Assistenten und Curatoren haben, ohne die sie nicht gerichtlich auftreten kann, I, 7, 12. Es war deßhalb allerdings für die Kinder von großem Vortheil, hinsichtlich ihrer ideellem Antheile am Vermögen nicht mit den Beschränkungen der überlebenden Mutter unterworfen zu sein. Daß von der Wittwe aber eine Abschichtung, und nicht nur eine Abtheilung, gefordert werden konnte, folgt daraus, daß die Abschichtung nach älterm L. R. das Gewöhnliche war, die Abtheilung erst allmählig aufkam, und nur für die bestimmten Fälle, die gleich unten erörtert werden.

Fast einstimmig hält man außerdem den überlebenden parens, nicht nur die Mutter, sondern auch den Vater zur Abschichtung verpflichtet im Fall der Verschwendung und Vermögenszerstreuung [6]). Das Hamburger Stadtrecht III, 3, 3 u. 5 enthält freilich diesen Fall, aber im L. R. ist er weder in den älteren Codices noch im revidirten R. enthalten, und wir sind um so weniger berechtigt, ohne gesetzliche Vorschrift dieß anzunehmen, da durch andere gesetzliche Bestimmungen der, aus der Verschwendung für die Kinder möglicherweise entstehenden, Vermögensbeeinträchtigung vorgebeugt ist. Zufolge I, 7, 6 sollen nemlich Verschwender ihrer Güter unter Vormundschaft gestellt werden, das würde auch hier der Fall sein müssen, so daß die Kinder keinen Schaden leiden, der Vater aber den Genuß der Einkünfte behält, und, falls er aus der Vormundschaft entlassen wird, die Verwaltung wieder übernehmen und die communio prorogata fortführen kann, was, wäre einmal abgeschichtet, nicht mehr möglich ist. Dennoch, obwohl weder Gesetze noch die Vernunft für diesen Abschichtungsgrund sind, hat die Praxis ihn allgemein eingeführt.

Ferner behaupten Viele, daß mündige Kinder Abschichtung fordern könnten; ihnen steht aber nur, wie gleich gezeigt werden wird, ein Recht auf Abtheilung zu.

---

6) Stein II, §. 206, Carstens II, S. 20.

Digitized by Google

Kann nun außer diesen Fällen, in denen die Abschichtung nothwendig ist, dieselbe auch auf einseitigen Antrag des *parens*, nach seinem Belieben statt finden? Die Meinungen darüber sind sehr getheilt: Beyn S. 38 und 39 läßt eine Abschichtung nur in den einzelnen, oben bestimmten Fällen zu, eben so Runde, Deutsches Privatr. 608 b. Not. b. Auch Pauli scheint dem parens das Recht nicht zuzugestehen, da er weder bei der unfreiwilligen Absonderung noch Abtheilung etwas davon erwähnt. Anderer Meinung dagegen sind Eichhorn, Einleitung ins D. Pr. R. §. 310. Mittermaier, Deutsch. Pr. R. §. 355; Stein, Erörterungen II, §. 204; Carstens, Beiträge, II, 24; Mevius, Commentar II, 2, 29, 1 und 4, denen man offenbar beistimmen muß. Die Gegner berufen sich auf den Artikel 104 des alten Lübschen Rechtsbuchs von 1254, cont. 1370.

Welk man sittet na sines wives dode offte ein wiff na eres mannes dode myth kinderen unde der kinder ein syn dinck so anschleith dat de frunde an beidenn siden darover klaghen werden se denne des tho rade dat kind schall nemen sin andell an enem stucke edder an gelth unde moth darmede schedenn wesen von sinen anderen broderen unde susterenn.

Da hier ein besonderer Grund angegeben sein soll, aus dem es erlaubt wäre Kinder abzuschichten, so wird daraus gefolgert, daß es in allen andern Fällen unstatthaft sei. Allein einmal ist dieser Artikel nicht in das revidirte L. R. aufgenommen, welches allein das für uns gültige ist; dann bezieht sich aber auch der angeführte Artikel auf einen ganz andern Fall. Es ist nämlich hier nicht von einem Gesammtvermögen, einer communio prorogata die Rede sondern von zusammen geführten Geschäften, wo ferner die Umstände andere waren, indem nicht der Vater, sondern die Verwandten auf Aufhebung des bestehenden Verhältnisses klagten [7]. Auch das von Stein in seinen Erläuterungen II, §. 238 angeführte Präjudikat, welches bereits oben S. 234 citirt ist, wird gegnerischerseits als beweisend angeführt. In demselben wird offenbar der Mutter die einseitige Abschichtung untersagt, aber um so unbegreiflicher, da hier sogar eine Wiederverheirathung statt finden sollte. Ein einziges Urtheil macht aber bekanntlich kein Recht, vor allem nicht, wenn es



7) Vgl. Pauli S. 174 ff. Zeitschrift f. deutsches Recht. 6. Bd. H. 2.

bestimmten Gesetzen widerspricht. Endlich führen die Gegner als Grund an: stände es in der Willkür des parens zu theilen wenn er wollte, wäre es überflüssig die andern Fälle der Wiederverheirathung 2c. 2c. speciell hervorzuheben, daraus könne man vielmehr auf das Gegentheil schließen. Hier wird indeß von ihnen die Nothwendigkeit der Abschichtung mit der von der Willkür des parens abhängigen Möglichkeit einer solchen verwechselt. Daß dem parens aber dieß Recht zusteht, entscheiden mehrere Stellen des revidirten L. R. Die von Stein angeführten II, 2, 2 u. 3 beweisen freilich Nichts, denn sie enthalten nur die Art der Abschichtung, falls es zur Theilung kömmt. Das Recht dazu ist aber bestimmt ausgesprochen in

II, 2, 6. Wenn Mann und Frau Kinder mit einander haben, verstirbet ihrer eins, es sei Mann oder Weib, welches über bleibt, das theilt das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert sein: —

eod. 29. Ein Mann der mit seinen Kindern theilen will, wenn er kein Weib hat, oder aber die Kinder unter sich selbst theilen wollen, das mögen sie wol thun.

Ferner folgt dieß Recht aus der Natur der communio, welchen Begriff man, nicht den widersinnigen eines Gesammteigenthums, diesen Güterverhältnissen zum Grunde legen muß, denn bei einer solchen kann jeder Theilnehmer auf Theilung dringen, so fern er veräußerungsfähig ist. — Mevius l. c. 5—6 spricht der Mutter die Befugniß ab, die Kinder wider ihren Willen abzuschichten, weil ihr dieselbe im cit. Art. 29 nicht ausdrücklich gegeben sei. Dieser Grund hätte aber nur dann Gewicht, wenn das Recht abzuschichten als jus singulare anzusehen, und nicht, wie wirklich der Fall, in der Natur des Verhältnisses begründet wäre.

Daß mündige Kinder das Recht nicht haben, auf Abschichtung zu dringen, kann man sich nur aus dem besondern Verhältniß der Kinder zu den Eltern, der väterlichen Gewalt, erklären; vielleicht haben dabei auch Handelsrücksichten obgewaltet.

2. Die Abtheilung findet nach L. R. gesetzlich nur in Einem Falle statt, nämlich, wenn die Kinder mündig und noch nicht ausgesteuert sind, und ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil vom parens superstes fordern.

II, 2, 11. Wenn Vater und Mutter Kinder haben, und alsdann

Digitized by Google

der Eltern eins verstirbt, seyend der Kinder Eins oder mehr zu ihren mündigen Jahren kommen und wollen ihr Erbtheil haben von dem verstorbenen Vater oder Mutter, man soll ihnen dasselbe nicht verweigern.

Mehrere verstehen diesen Artikel nicht von der Abtheilung, sondern von der Abschichtung, so: Pauli, S. 168 u. 206, Behn, S. 38; weil die Abtheilung dem ältern Recht unbekannt sei. Allein dieß ist nur zum Theil wahr, selten war sie allerdings, daß sie indeß schon zur Zeit des revidirten Rechts bekannt gewesen, ergeben theils Urkunden, theils die Fassung dieses Artikels, der eine Aenderung des ältern Rechts enthält. In dem lautet nemlich der Artikel 101 so:

Welck man unde wiff dede kinder tho hope hebben unde erer ein vorstervet dat sy man effte wiff is dat also dat der kinder ein edder alle mündich syn unde eschenn ere andell offte erve men mach en des nicht vorwesenn in düssenn Rechte.

Das Wort erve, welches unbestimmt auf das gesammte Vermögen ging, haben die Revisoren für nöthig gehalten genauer zu bestimmen oder abzuändern durch: ihr Erbtheil — von dem verstorbenen Vater oder Mutter. — Ein anderer von Behn erwähnter Grund, daß Fälle erwähnt werden, in denen, während einige Geschwister noch mit ihren Gütern in der Were sich befinden, andere schon abgeschichtet waren und keine Rechte mehr an den Gütern des überlebenden parens hatten, ist von keinem Gewicht. Denn da es in der Willkür des Vaters stand, abzuschichten wann er wollte, so mußte es ihm frei stehen, einige oder alle Kinder abzutheilen, da überdieß die mündigen nicht gezwungen waren, Abtheilung zu fordern, sondern auch in der Gemeinschaft bleiben konnten. Daß eine Abtheilung, vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen allein, bekannt war, beweis't ferner

II, 2, 33 am Ende: — — würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder das väterliche oder mütterliche ausdrücklich vorbehalten, das seyen keine abgesonderte Kinder.

Der Artikel handelt von einer Abfindung durch Vergleich; konnten die Parteien sich darüber nicht vereinigen, und auch keine Abschichtung gefordert werden, so mußten die Freunde und Vormünder den Kindern ihr väterliches oder mütterliches Erbtheil vorbehalten, bis



Digitized by Google

diese, zu den Jahren der Mündigkeit gekommen, es fordern konnten. Pauli folgert auf mir unbegreifliche Weise aus Art 34 cod., wornach im Zweifel die Präsumtion für gänzliche Abfindung ist, daß, wenn ein Kind mit sonderlichem bescheidenen Gute ausgesteuert sei, väterliches oder mütterliches Erbtheil in der Regel das Gesammtvermögen bedeute. In dem Artikel ist aber vom väterlichen oder mütterlichen Erbtheil gar nicht die Rede, er bezieht sich auf denselben Fall wie der citirte Art. 33, in dem von einer Abfindung durch Vertrag die Rede ist, was aus den Worten:

— — würde damit der Sohn oder die Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern derzeit begnüget und friedlich sein,

deutlich hervorgeht. — Auch die Natur der Sache spricht dafür, daß man mündigen Kindern nur gestattete, ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil zu fordern. Da der Vater nicht gezwungen werden konnte, die Kinder auszusteuern, es aber mündigen Kindern, die aus der Vormundschaft gingen, und ein eigenes Geschäft anfangen wollten, von der größten Wichtigkeit sein mußte, etwas Vermögen zu erhalten, so war es politisch richtig, ihnen das Recht zu geben, ihren Antheil vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen zu fordern, nicht aber das Gesammtvermögen durch Abschichtung zu zersplittern. Der Handelspolitik einer Stadt, wie Lübeck, war es angemessen, sowol die Fortdauer alter, als das Emporkommen neuer Handlungshäuser zu begünstigen.

Was den Termin der Mündigkeit betrifft, so ist es streitig, ob man hier den der ältern Statuten oder des revidirten Rechts zur Anwendung bringen soll. Das Mündigkeitsalter des Statuts, welches Pauli vorzieht, kann jedoch gewiß nur in den Fällen giltig sein, in welchen es ausdrücklich durch die Revisoren beibehalten ist, z. B. bei der Testamentsmündigkeit; in den übrigen Fällen tritt gewiß die Mündigkeit erst mit dem 25. Jahr ein nach den Bestimmungen des revidirten Rechts. In Holstein tritt jetzt übrigens allgemein Mündigkeit mit dem 25sten Jahre ein.

Mündigkeit ist übrigens der einzige gesetzliche Grund, aus welchem Abtheilung gefordet werden kann. Daß sie diß in späterer Zeit immer allgemeiner wurde und jetzt fast allein geltend ist, beruht nur auf einem Verzicht, wie schon oben gesagt ist, cf. Pauli 205 u. 6. Irrig ist es deßhalb, sowohl wenn Stein II, 119 u. 120 behauptet, daß es immer im Belieben der Eltern gestanden, abzu-

Digitized by Google

schichten oder abzutheilen, als auch wenn umgekehrt Carstens II, 25 meint, daß es von der Wahl der Kinder abgehangen, Abschichtung oder Abtheilung (er gebraucht dafür die Ausdrücke: Grundtheilung und Ausspruch, letzteres bestimmt gegen den Sinn und die Terminologie des Lübschen Rechts) zu fordern. Der von ihm angeführte Grund, daß Unmündige große Vorrechte hätten, paßt nicht im Entferntesten, da nur Mündige Abtheilung fordern können. Nach jedem Recht wird überhaupt die Lage der Eltern begünstigt sein, was theils aus dem elterlichen Verhältniß, theils aus der geführten Vormundschaft folgt. Doch darf man darin umgekehrt auch nicht zu weit gehen, wie Stein l. c. Daß nemlich Abtheilung statt Abschichtung nur mit Bewilligung der Kinder erfolgt, beweisen die Artikel II, 2, 33 u. 34. Die Eltern würden sonst Alleineigenthümer sein. Auf Stein mag übrigens die damals gültige Ansicht eines condominium in solidum Einfluß gehabt haben, so daß die comm. pror. in ihrer eigenthümlichen Natur bei ihm gar nicht in Betracht kam.

3. Die Vormünderordnung für Holstein vom 13. Sept. 1743 führt drei Gründe an, weßhalb der Vater, und fünf, aus denen die Mutter zur Auflösung der comm. pror. verpflichtet ist; ob diese aber eine Abschichtung oder Abtheilung sei, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Da jedoch im §. 3 der genannten Verordnung ausdrücklich gesagt ist, es solle nach jeden Orts Rechten vom mütterlichen, oder väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich abgetheilt werden, so ist anzunehmen, daß bei den im Lübschen Recht und der Vormünderordnung gleichen Gründen, den Bestimmungen des L. R. gemäß bald Abschichtung, bald Abtheilung eintritt. Findet die Auflösung aus Gründen statt, die nicht auch schon im L. R. enthalten sind, so kann nur Abtheilung gefordert werden, als die zur Zeit der Publication der Verordnung allgemeinere. Die einzelnen Gründe sind, ist der Vater der überlebende: zweite Ehe, Mündigkeit, Verheirathung der Töchter; ist es die Mutter, außer diesen noch: ihr eigner Wille zu theilen und schlechte Haushaltung. Auch in den übrigen drei, in den Herzogthümern Schleswig und Holstein zur Anwendung kommenden, Vormünderordnungen, nemlich für Schleswig, für den gemeinschaftlichen und den großfürstlichen Antheil, sind dieselben Gründe aufgeführt. Man kann daher um so mehr schließen, daß die Mutter nicht ohne guten Gründe in jenen beiden genannten Fällen mehr zur Auflösung der comm. pror. ver-

Digitized by Google

pflichtet ist, und daß dieselben auf den Vater keine Anwendung leiden. Der Vater ist nemlich Vormund seiner Kinder, hat als solcher die Verwaltung ihres Vermögens, darf sich dieser Pflicht also eben so wenig entziehen, wie andere Vormünder. Darauf deuten auch die Worte: schuldig und gehalten sein, die in allen vier Verordnungen vorkommen. Der Grund, weßhalb man die verschwenderische Mutter zur Theilung zwang, und nicht den Vater, ist gewiß der, daß, da die Mutter schon unter Curatel steht, es kein anderes Mittel mehr giebt, von den Kindern Verlust abzuwenden; der Vater aber konnte noch unter Vormundschaft gestellt werden, und dann war dadurch die Zersplitterung eines Vermögens vermieden, was, wie schon oben bemerkt, oft das Streben der Gesetzgebung gewesen ist [8]).

Das Resultat obiger Untersuchung ist also: nach Lübschem Rechte findet Abschichtung statt im Fall einer zweiten Ehe, die Mutter kann immer, mit Ausnahme der beiden in II, 2, 28 und 30 enthaltenen Fälle, dazu gezwungen werden, beide Eltern sind außerdem nach eigener Willkür dazu berechtigt. Zur Abtheilung sind die Eltern verpflichtet, sobald die Kinder mündig geworden. Nach der Vormünderordnung ist der Vater im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, im Fall der Mündigkeit und der Verheirathung der Töchter zur Abtheilung verpflichtet. Die Mutter ist im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, der Mündigkeit der Kinder, der Verheirathung der Töchter, schlechter Wirthschaft zur Abtheilung verpflichtet, und nach eigenem Gutdünken dazu berechtigt. Daß außerdem von beiden Seiten durch Vertrag das eine oder das andere stattfinden könne, versteht sich von selbst, wie denn auch in der Praxis häufige Aenderungen vorkommen.

## III. Wie wird getheilt?

Die Abschichtung ist genau vorgeschrieben in II, 2, 2 und 3. Der Vater nimmt zum Voraus seinen Harnisch, die Mutter ihren Trauring oder die Surrogate; das Uebrige wird zur Hälfte zwischen dem par. sup. und den Kindern getheilt. Wie fern diese Art

8) Hiemit stimmen überein: Falck, staatsbürgerliches Magazin II, 584. Paulsen, Privatrecht, S. 251. Not. 2.

Digitized by Google

der Theilung noch auf Gültigkeit Anspruch machen kann, ist bereits oben S. 230 gezeigt worden.

Bei der Abtheilung theilen der par. sup. und die Kinder das Vermögen des Verstorbenen nach Kopfzahl [9]). Daß die Praxis sich entschieden so gebildet habe, räumt auch Pauli ein, findet es aber durchaus verwerflich, dem parens einen Kopftheil einzuräumen, wenigstens folge das nicht aus II, 2, 28, wie Mevius behaupte. Dieser Artikel bezieht sich freilich auf einen andern Fall, dient aber doch zur Analogie. Der zweite Ehegatte bekommt nemlich mit seinen Kindern und den Kindern erster Ehe ein Kopftheil aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn man diesem, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, die man sonst immer gegen ihre Stiefeltern zu bevorzugen suchte, diesen Vortheil einräumt, so spricht vielmehr dafür, denselben dem par. sup. erster Ehe im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern zu gestatten. Aus welchen Gründen übrigens Pauli dieß Verfahren tadelt, erfährt man nicht, es läßt sich nur vermuthen, daß er überhaupt die portio statutaria für verwerflich hält, welche indeß im Deutschen Recht begründet ist, sehr genau mit dem Ehe- und Erbrecht zusammenhängt, und fast in allen Particularrechten sich findet. — Nach einigen Particularrechten erhält der par. sup. nicht nur einen Kopftheil, sondern sogar die Hälfte [10]).

Gewöhnlich nimmt man an, die oben beschriebene Abschichtung und Abtheilung habe auf doppelte Weise stattfinden können, entweder durch einen Ausspruch, oder durch reelle Theilung, so auch Pauli S. 194 ff., der dieß, außer durch Stellen des L. R., durch mehrere alte Urkunden zu beweisen sucht. Allein die Stellen des L. R., die man für die Befugniß des Vaters anführt, die Kinder durch einen Ausspruch von sich abzusondern, sind nur auf die eigentliche Absonderung, die vortragsmäßige Auseinandersetzung, zu beziehen, bei der auf das augenblicklich vorhandene Vermögen nicht genau Rücksicht genommen wird. Davon sind gleichfalls die von Pauli angeführten Urkunden zu verstehen, was daraus hervorgeht, daß dabei die Einwilligung der Vormünder und Kinder erwähnt wird, die bei der Abschichtung und Abtheilung nicht erforderlich ist.

9) Vergl. Stein §. 238. Carstens II, 24. Mevius, Comm. II, 2, 11 Not. 12 u. 32. Add. ad Not. 30.

10) Vergl. Sammlung Schl.-Holst. Anzeigen von Falck, IV, 480.

Digitized by Google

Die Befugniß des Vaters, einen Ausspruch zu thun (man verwechsele das nicht mit der vertragsmäßigen Absonderung, die auch so genannt wird) würde auch durchaus dem Wesen der comm. pror. widersprechen. Nach dieser sind nemlich die Kinder, wie bei jeder communio Miteigenthümer, durch einen Ausspruch erhalten die Kinder aber nur ein privilegirtes Pfandrecht (II, 2, 31), es würde ihnen also einseitig vom Vater ihr Eigenthum entzogen werden, was auf keinen Fall anzunehmen ist. Wo ein solcher Ausspruch stattfindet, kann er deßhalb immer nur durch freie Uebereinkunft, durch einen Vertrag, stattgefunden haben, sonst muß reelle Auseinandersetzung eintreten.

Anders verhält sich die Sache nach der Holsteinischen Vormünderverordnung, in der dem Vater ausdrücklich das Recht eines Ausspruchs gegeben ist. Im §. 3 der genannten Verordnung heißt es: der Vater soll mit zwei mütterlichen Verwandten sich bei der Obrigkeit einfinden, und seinen Kindern statt mütterlichen und zugleich väterlichen Erbes, (was ebenfalls für eine noch stattfindende Abschichtung spricht) nach Beschaffenheit seiner Güter das gewissenhaft zugelegte Quantum deklariren, und sodann die ausgesagte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotocoll auf seinen Namen inseriren lassen. Legt man auf die durchschossenen Worte Nachdruck und vergleicht damit den Artikel II, 2, 33 und 34, so könnte man freilich bewogen werden, zu glauben, auch hier sei nur von einer vertragsmäßigen Absonderung die Rede. Allein, daß der Vater immer ein Recht darauf habe, und nicht an die Einwilligung der Kinder oder mütterlichen Verwandten gebunden sei, geht aus andern Stellen deutlich hervor.

Holst. Vorm. Ordn. §. 25. — Dieß Recht der Aussage verliert er, wenn die Kinder mündig geworden.

eod. §. 7 — — — die priesterliche Einsegnung dennoch erschlichen worden, nicht allein eine Strafe von 50 Thlr. unserm Fiskus erlegen, sondern auch sofort, sowol Wittwe, als Wittwer, ohne daß letzterer sich im Geringsten des ihm zustehenden Vorzugs der Aussage mehr erfreuen könne, durch die Obrigkeit des Orts zu rechtlicher Theilung angehalten werden.

Die Mutter hat folglich das Recht des Ausspruchs nicht, der Vater immer, ausgenommen, wenn die Kinder mündig geworden, oder er heimlich eine zweite Ehe eingegangen ist. Diese dem We-

Digitized by Google

sen der communio widersprechende Abweichung kann vielleicht dadurch erklärt werden, daß zur Zeit der Abfassung dieser Verordnung, statt des jetzt angenommenen Begriffs einer Gemeinschaft nach ideellen Theilen, der eines dem Vater zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, allgemeiner angenommen ward.

Ist nun dennoch, trotz des Verbots, bei Eingehung einer neuen Ehe weder abgeschichtet noch abgetheilt, wie wird dann getheilt, falls es endlich dazu kömmt? Nach der Strenge des Rechts müßte man antworten, es findet Abschichtung oder Abtheilung statt, so bald die Kinder oder Vormünder darauf dringen, ohne daß dabei auf das zugebrachte Vermögen des Stiefparens Rücksicht genommen wird. Hat aber die zweite Ehe schon lange gedauert, so kann man nicht läugnen, daß, ist der Stiefparens der Mann, für die Kinder erster Ehe, ist es die Frau, für diese und ihre etwanigen Kinder eine Unbilligkeit sich ergeben würde, weil der Mann die freie Verwaltung des Vermögens hat. Deßhalb haben die Revisoren des L. R. bei der durch Tod erfolgten Auflösung der zweiten Ehe eine andere Theilung eintreten lassen, welche aber auch in dem Fall anzuwenden sein wird, wenn es während noch bestehender zweiter Ehe zur Theilung kömmt. Die Artikel II, 2, 26 und 28 bestimmen die Theilung, wenn unabgeschiedene Kinder aus beiden Ehen vorhanden sind, folgendermaßen. Die Schulden werden vorher von dem gesammten Vermögen abgezogen; die Kosten der zweiten Hochzeit und die Hochzeitskleider ersetzen der Stiefparens und die Kinder zweiter Ehe, dann nehmen die Kinder erster Ehe ihren väterlichen oder mütterlichen Antheil voraus, das des verstorbenen zur zweiten Ehe geschrittenen parens theilen sie mit dem überlebenden Gatten und den Kindern zweiter Ehe nach Kopfzahl. War die zweite Ehe unbeerbt, so wird das Vermögen zur Hälfte getheilt zwischen dem überlebenden parens und den Kindern erster Ehe. Diese Art der Theilung kann man aber keineswegs als eine Modification der Abtheilung ansehen, wie Mevius II, 2, 11. Not. 32; 29. Not. 18 und besonders 28 Not. 21 will, weil in odium der zweiten Ehe dem Ehegatten die Statutarportion genommen sei [11]), sondern es ist eine Modification der Abschichtung, auf die eigentlich die Kinder er-

11) Vergl. Krohn, §. 4 in Triga, Dissertationes p. 43.

ster Ehe ein Recht haben, die aber so beschränkt wurde, weil sie sonst häufig gegen den zweiten Ehegatten und dessen Kinder, wenn von ihnen Vermögen zugebracht war, unbillig gewesen sein würde.

Die Vormünderverordnung für Holstein schreibt vor, daß bei einer zweiten Ehe Abtheilung stattfinden solle; wird dieß nicht befolgt, so soll, nach dem citirten §. 7, außer gewissen Nachtheilen, die den Contravenienten treffen, die Obrigkeit des Orts ihn zur rechtlichen Theilung anhalten. Da aber nicht genau angegeben ist, wie dieselbe dann zu machen sei, sondern es im §. 3 heißt: „nach jeden Orts Rechten", so wird man so unterscheiden müssen. Kömmt es während noch bestehender zweiter Ehe zur Erörterung dieser Frage, so wird fingirt, der Zustand sei derselbe wie vor eingegangener Ehe, und dann nach oben angegebener Weise getheilt; ist aber die zweite Ehe schon wieder durch den Tod getrennt, so tritt die in II, 2, 26 und 28 vorgeschriebene ein.

## IV. Welche Wirkungen hat die Abschichtung und Abtheilung?

Zur gehörigen Beantwortung dieser Frage ist ein dreifaches Verhältniß zu berücksichtigen, das der Eltern und Kinder zu einander, der Geschwister, und das Dritter zu den Eltern und Kindern.

A. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Eltern und Kinder haben wir unser Augenmerk nur auf das Vermögen, nicht auf die persönlichen Beziehungen zu richten, diese bleiben unverändert. Auf das Vermögen sind die Wirkungen verschieden, je nachdem Abschichtung oder Abtheilung stattgefunden hat.

1. Bei der Abschichtung ist zweierlei zu berücksichtigen, nemlich das Recht an dem abgesonderten, und dem den Eltern gebliebenen Vermögen.

a. Hinsichtlich des erstern treten verschiedene Wirkungen ein, je nachdem die Auseinandersetzung durch einen Ausspruch oder reelle Theilung geschieht. Im Falle eines Ausspruches bleibt das Eigenthum bei den Eltern allein, die Kinder haben nach L. R. II, 2, 31 ein Forderungsrecht, das, ist es vor dem Rath geschehen, einen Vorzug vor dem Brautschatz hat, sonst nur die Stelle des Kindergeldes einnimmt; nach der Holst. Vorm.Ordn. §. 3 ein protocollirtes Pfandrecht. Erklären läßt sich dieß rücksichtlich des L. R.

Digitized by Google

nur durch einen Verzicht der Kinder, worauf die Artikel II, 2, 33 und 34 deutlich hinweisen. Die Verfasser der Holst. Vorm.Ordn. sind, wie schon oben gesagt, durch die Idee eines dem parens zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, zu dieser Unbilligkeit verleitet worden. Im Falle einer reellen Theilung geht das volle Eigenthum auf die Kinder über, auf mündige auch die freie Administration, die, sind sie unmündig, dem Vater zusteht, wie nach Holst. Vorm.Ord. §. 2 ebenfalls über das anderswoher Erworbene. Damit ist der Usus fruct verbunden, und er ist nicht verpflichtet, Rechnung abzulegen. Die Mutter hat unter Zuziehung von Assistenten dieselben Rechte, mit der Beschränkung, daß ihr nur ein gemeinschaftlicher Nießbrauch zusteht. Die Eltern behalten Intestaterbrechte an diesem Vermögen; doch treten sie um zwei Grade zurück, die mit abgesonderten und nicht abgesonderten Geschwister gehen vor.

b) An dem dem abschichtenden *parens* bleibenden Vermögen behalten die Kinder, in so fern es Erbgüter sind, die allgemeinen Rechte. Die Mutter, die mit den Kindern in der Gemeinschaft saß, konnte ohne der Kinder Einwilligung über nichts disponiren, jetzt erhält sie freie Disposition. Die Kinder haben überhaupt nur künftige, nemlich Erbrechte, die jedoch bedeutend modificirt sind. Hatte die Abschichtung nemlich zum Zweck einer zweiten Ehe statt gefunden, und war diese beerbt, so sind ihnen alle Rechte genommen; in den übrigen Fällen bleiben sie Intestaterben, jedoch nicht mehr die nächsten, die nicht abgesonderten gehen nemlich vor.

Ueber die Frage: ob die abgesonderten Kinder Pflichttheilsberechtigte sind? ist man nicht einig; die Meisten läugnen es freilich, aber Runde, Mittermaier und Mevius behaupten es nach meiner Meinung mit vollem Recht. Der Anspruch auf einen Pflichttheil ging mit der Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland auch in das Deutsche Recht über, da hier derselbe Grund vorhanden war, der in Rom dazu führte, das nahe Band der Verwandtschaft, welches durch Abschichtung nicht aufgehoben wird. Die Gegner behaupten nun freilich, z. B. Pauli S. 213. Stein §. 153, daß durch die Abschichtung schon der Pflichttheil auf die Kinder gekommen sei. Allein diese Behauptung ist falsch, denn nicht immer erhalten die Kinder durch Abschichtung et-

Digitized by Google

was vom Vermögen des parens superstes (die den Kindern bisher zustehenden ideellen Antheile am Gesammtvermögen sind dadurch nur zu reellen geworden); möglicherweise hat, wollen wir vom väterlichen und mütterlichen Vermögen sprechen, wobei auf das von den Eltern Eingebrachte zu sehen ist, der parens superstes noch etwas vom Vermögen des parens defunctus behalten, wenn nämlich dessen Vermögen größer war, und die Kinder haben dem parens abgegeben, statt von ihm zu erhalten. Ihre Ansprüche auf den Pflichttheil können deßhalb nicht aufgehoben sein, nur dadurch sind sie vielleicht erloschen, daß nähere Intestaterben eingetreten sind, was der Fall sein kann entweder dadurch, daß in der zweiten Ehe Kinder geboren, oder neben den abgesonderten noch unabgesonderte zurückgeblieben sind. Sind solche Kinder aber nicht vorhanden, so treten die abgesonderten als Intestaterben ein, falls der parens superstes ohne Testament starb; hat er ein Testament gemacht, so muß er den Pflichttheil hinterlassen. In dem Wesen der Abschichtung liegt mithin nicht der Verlust des Pflichttheils, dieß könnte nur durch positive Gesetze vorgeschrieben sein, und solche glaubt man auch gefunden zu haben. Man beruft sich nemlich auf II, 2, 33 und 34, wo gesagt ist, daß solche abgesonderte und abgetheilte Kinder nichts mehr zu fordern haben. Die hier genannten abgesonderten und abgetheilten Kinder sind aber keine abgeschichtete, sondern in diesen beiden Artikeln ist von einem Erbvertrage, nicht von einer gesetzlichen Abschichtung die Rede. Das folgt aus dem Schluß des Artikels 33, welcher so lautet:

> würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder der Vater- oder Muttertheil ausdrücklich vorbehalten, das sind keine abgesonderten Kinder.

Wäre hier von der gesetzlichen Abschichtung die Rede, so würde den Kindern und Vormündern das Protestiren nichts helfen, denn dazu ist der Vater unter bestimmten Umständen berechtigt und verpflichtet, und erhalten die Kinder ihren gesetzlich bestimmten Antheil, so müssen sie sich damit begnügen. Es ist ein Fall gemeint, der gewiß nicht selten vorgekommen, und jetzt nach der Vormünderordnung für Holstein eine gesetzlich vorgeschriebene Form der Theilung ist. Weil es nemlich oft beschwerlich und fast unmöglich sein wird, den Bestand des Vermögens, genau zu ermitteln, so wird den Kindern

Digitized by Google

nach ungefährer Schätzung eine bestimmte Summe zugesprochen, wobei natürlich die Einwilligung der Kinder oder ihrer Vormünder nothwendig ist. Dasselbe beweist der Artikel 34:

> — — — würde damit der Sohn oder Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern zu der Zeit begnüget und friedlich sein, so ist solche Person, Sohn oder Tochter, abgesondert und abgetheilt, es sei wenig oder viel.

Eben so wenig können die Gegner sich auf II, 2, 16 berufen, in dem es am Schlusse heißt:

> denn diejenigen, welche von den Eltern abgeschieden, haben Nichts zu fordern.

Diese Schlußworte sind nemlich mit den vorhergehenden zu verbinden:

> — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen, doch mit diesen Kindern, welche nicht abgesondert seien.

Hier stehen also abgesonderte und nicht abgesonderte neben einander, weßhalb die abgesonderten, als entferntere Intestaterben, keinen Pflichttheil mehr fordern können.

Der ferner von den Gegnern angeführte Artikel II, 1, 8, spricht mehr gegen sie:

> Machet Jemand ein Testament nach Ordnung Lübschen Rechts, und hat zuvor eine Ehefrau gehabt, davon noch Kinder leben, nimmt er dann ein ander Weib, und zeuget mit derselben auch Kinder, was er alsdann seinen zuvor abgesonderten Kindern in seinem Testament darzu giebt, es sei wie viel oder wenig es wolle, daran müssen sie sich begnügen lassen.

Auch hier sind abgesonderte und nicht abgesonderte Kinder neben einander, weshalb erstere keinen Pflichttheil fordern können; da aber in diesem Artikel, in dem vom Pflichttheit des Lübschen Rechts die Rede ist, ausdrücklich hervorgehoben wird, daß abgesonderte Kinder, sind nicht abgesonderte aus zweiter Ehe vorhanden, keinen Anspruch auf einen Pflichttheil haben, so geht daraus hervor, daß sie im entgegengesetzten Fall sehr wohl darauf Anspruch machen können.

Außerdem findet man einen Grund darin, daß der parens superstes genöthigt ist, alles während der communio prorogata Erworbene einzuwerfen, die Kinder aber nicht, woraus folgen soll, daß

Digitized by Google

bestimmten Gesetzen widerspricht. Endlich führen die Gegner als Grund an: stände es in der Willkür des parens zu theilen wenn er wollte, wäre es überflüssig die andern Fälle der Wiederverheirathung ꝛc. ꝛc. speciell hervorzuheben, daraus könne man vielmehr auf das Gegentheil schließen. Hier wird indeß von ihnen die Nothwendigkeit der Abschichtung mit der von der Willkür des parens abhängigen Möglichkeit einer solchen verwechselt. Daß dem parens aber dieß Recht zusteht, entscheiden mehrere Stellen des revidirten L. R. Die von Stein angeführten II, 2, 2 u. 3 beweisen freilich Nichts, denn sie enthalten nur die Art der Abschichtung, falls es zur Theilung kömmt. Das Recht dazu ist aber bestimmt ausgesprochen in

II, 2, 6. Wenn Mann und Frau Kinder mit einander haben, verstirbet ihrer eins, es sei Mann oder Weib, welches über bleibt, das theilt das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert sein: —

eod. 29. Ein Mann der mit seinen Kindern theilen will, wenn er kein Weib hat, oder aber die Kinder unter sich selbst theilen wollen, das mögen sie wol thun.

Ferner folgt dieß Recht aus der Natur der communio, welchen Begriff man, nicht den widersinnigen eines Gesammteigenthums, diesen Güterverhältnissen zum Grunde legen muß, denn bei einer solchen kann jeder Theilnehmer auf Theilung dringen, so fern er veräußerungsfähig ist. — Mevius l. c. 5—6 spricht der Mutter die Befugniß ab, die Kinder wider ihren Willen abzuschichten, weil ihr dieselbe im cit. Art. 29 nicht ausdrücklich gegeben sei. Dieser Grund hätte aber nur dann Gewicht, wenn das Recht abzuschichten als jus singulare anzusehen, und nicht, wie wirklich der Fall, in der Natur des Verhältnisses begründet wäre.

Daß mündige Kinder das Recht nicht haben, auf Abschichtung zu dringen, kann man sich nur aus dem besondern Verhältniß der Kinder zu den Eltern, der väterlichen Gewalt, erklären; vielleicht haben dabei auch Handelsrücksichten obgewaltet.

2. Die Abtheilung findet nach L. R. gesetzlich nur in Einem Falle statt, nämlich, wenn die Kinder mündig und noch nicht ausgesteuert sind, und ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil vom parens superstes fordern.

II, 2, 11. Wenn Vater und Mutter Kinder haben, und alsdann

der Eltern eins verstirbt, seyend der Kinder Eins oder mehr zu ihren mündigen Jahren kommen und wollen ihr Erbtheil haben von dem verstorbenen Vater oder Mutter, man soll ihnen dasselbe nicht verweigern.

Mehrere verstehen diesen Artikel nicht von der Abtheilung, sondern von der Abschichtung, so: Pauli, S. 168 u. 206, Behn, S. 38; weil die Abtheilung dem ältern Recht unbekannt sei. Allein dieß ist nur zum Theil wahr, selten war sie allerdings, daß sie indeß schon zur Zeit des revidirten Rechts bekannt gewesen, ergeben theils Urkunden, theils die Fassung dieses Artikels, der eine Aenderung des ältern Rechts enthält. In dem lautet nemlich der Artikel 101 so:

Welck man unde wiff dede kinder tho hope hebben unde erer ein vorsterveth dat sy man effte wiff is dat also dat der kinder ein edder alle mündich syn unde eschenn ere andell offte erve men mach en des nicht vorwesenn in düssenn Rechte.

Das Wort erve, welches unbestimmt auf das gesammte Vermögen ging, haben die Revisoren für nöthig gehalten genauer zu bestimmen oder abzuändern durch: ihr Erbtheil — von dem verstorbenen Vater oder Mutter. — Ein anderer von Behn erwähnter Grund, daß Fälle erwähnt werden, in denen, während einige Geschwister noch mit ihren Gütern in der Were sich befinden, andere schon abgeschichtet waren und keine Rechte mehr an den Gütern des überlebenden parens hatten, ist von keinem Gewicht. Denn da es in der Willkür des Vaters stand, abzuschichten wann er wollte, so mußte es ihm frei stehen, einige oder alle Kinder abzutheilen, da überdieß die mündigen nicht gezwungen waren, Abtheilung zu fordern, sondern auch in der Gemeinschaft bleiben konnten. Daß eine Abtheilung, vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen allein, bekannt war, beweis't ferner

II, 2, 33 am Ende: — — würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder das väterliche oder mütterliche ausdrücklich vorbehalten, das seyen keine abgesonderte Kinder.

Der Artikel handelt von einer Abfindung durch Vergleich; konnten die Parteien sich darüber nicht vereinigen, und auch keine Abschichtung gefordert werden, so mußten die Freunde und Vormünder den Kindern ihr väterliches oder mütterliches Erbtheil vorbehalten, bis



Digitized by Google

diese, zu den Jahren der Mündigkeit gekommen, es fordern konnten. Pauli folgert auf mir unbegreifliche Weise aus Art 34 eod., wornach im Zweifel die Präsumtion für gänzliche Abfindung ist, daß, wenn ein Kind mit sonderlichem bescheidenen Gute ausgesteuert sei, väterliches oder mütterliches Erbtheil in der Regel das Gesammtvermögen bedeute. In dem Artikel ist aber vom väterlichen oder mütterlichen Erbtheil gar nicht die Rede, er bezieht sich auf denselben Fall wie der citirte Art. 33, in dem von einer Abfindung durch Vertrag die Rede ist, was aus den Worten:

— — würde damit der Sohn oder die Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern derzeit begnüget und friedlich sein,

deutlich hervorgeht. — Auch die Natur der Sache spricht dafür, daß man mündigen Kindern nur gestattete, ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil zu fordern. Da der Vater nicht gezwungen werden konnte, die Kinder auszusteuern, es aber mündigen Kindern, die aus der Vormundschaft gingen, und ein eigenes Geschäft anfangen wollten, von der größten Wichtigkeit sein mußte, etwas Vermögen zu erhalten, so war es politisch richtig, ihnen das Recht zu geben, ihren Antheil vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen zu fordern, nicht aber das Gesammtvermögen durch Abschichtung zu zersplittern. Der Handelspolitik einer Stadt, wie Lübeck, war es angemessen, sowol die Fortdauer alter, als das Emporkommen neuer Handlungshäuser zu begünstigen.

Was den Termin der Mündigkeit betrifft, so ist es streitig, ob man hier den der ältern Statuten oder des revidirten Rechts zur Anwendung bringen soll. Das Mündigkeitsalter des Statuts, welches Pauli vorzieht, kann jedoch gewiß nur in den Fällen gültig sein, in welchen es ausdrücklich durch die Revisoren beibehalten ist, z. B. bei der Testamentsmündigkeit; in den übrigen Fällen tritt gewiß die Mündigkeit erst mit dem 25. Jahr ein nach den Bestimmungen des revidirten Rechts. In Holstein tritt jetzt übrigens allgemein Mündigkeit mit dem 25sten Jahre ein.

Mündigkeit ist übrigens der einzige gesetzliche Grund, aus welchem Abtheilung gefordet werden kann. Daß sie diß in späterer Zeit immer allgemeiner wurde und jetzt fast allein geltend ist, beruht nur auf einem Verzicht, wie schon oben gesagt ist, cf. Pauli 205 u. 6. Irrig ist es deßhalb, sowohl wenn Stein II, 119 u. 120 behauptet, daß es immer im Belieben der Eltern gestanden, abzu-

Digitized by Google

schichten oder abzutheilen, als auch wenn umgekehrt Carstens II, 25 meint, daß es von der Wahl der Kinder abgehangen, Abschichtung oder Abtheilung (er gebraucht dafür die Ausdrücke: Grundtheilung und Ausspruch, letzteres bestimmt gegen den Sinn und die Terminologie des Lübschen Rechts) zu fordern. Der von ihm angeführte Grund, daß Unmündige große Vorrechte hätten, paßt nicht im Entferntesten, da nur Mündige Abtheilung fordern können. Nach jedem Recht wird überhaupt die Lage der Eltern begünstigt sein, was theils aus dem elterlichen Verhältniß, theils aus der geführten Vormundschaft folgt. Doch darf man darin umgekehrt auch nicht zu weit gehen, wie Stein l. c. Daß nemlich Abtheilung statt Abschichtung nur mit Bewilligung der Kinder erfolgt, beweisen die Artikel II, 2, 33 u. 34. Die Eltern würden sonst Alleineigenthümer sein. Auf Stein mag übrigens die damals gültige Ansicht eines condominium in solidum Einfluß gehabt haben, so daß die comm. pror. in ihrer eigenthümlichen Natur bei ihm gar nicht in Betracht kam.

3. Die Vormünderordnung für Holstein vom 13. Sept. 1743 führt drei Gründe an, weßhalb der Vater, und fünf, aus denen die Mutter zur Auflösung der comm. pror. verpflichtet ist; ob diese aber eine Abschichtung oder Abtheilung sei, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Da jedoch im §. 3 der genannten Verordnung ausdrücklich gesagt ist, es solle nach jeden Orts Rechten vom mütterlichen, oder väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich abgetheilt werden, so ist anzunehmen, daß bei den im Lübschen Recht und der Vormünderordnung gleichen Gründen, den Bestimmungen des L. R. gemäß bald Abschichtung, bald Abtheilung eintritt. Findet die Auflösung aus Gründen statt, die nicht auch schon im L. R. enthalten sind, so kann nur Abtheilung gefordert werden, als die zur Zeit der Publication der Verordnung allgemeinere. Die einzelnen Gründe sind, ist der Vater der überlebende: zweite Ehe, Mündigkeit, Verheirathung der Töchter; ist es die Mutter, außer diesen noch: ihr eigner Wille zu theilen und schlechte Haushaltung. Auch in den übrigen drei, in den Herzogthümern Schleswig und Holstein zur Anwendung kommenden, Vormünderordnungen, nemlich für Schleswig, für den gemeinschaftlichen und den großfürstlichen Antheil, sind dieselben Gründe aufgeführt. Man kann daher um so mehr schließen, daß die Mutter nicht ohne guten Gründe in jenen beiden genannten Fällen mehr zur Auflösung der comm. pror. ver-

Digitized by Google

pflichtet ist, und daß dieselben auf den Vater keine Anwendung leiden. Der Vater ist nemlich Vormund seiner Kinder, hat als solcher die Verwaltung ihres Vermögens, darf sich dieser Pflicht also eben so wenig entziehen, wie andere Vormünder. Darauf deuten auch die Worte: schuldig und gehalten sein, die in allen vier Verordnungen vorkommen. Der Grund, weßhalb man die verschwenderische Mutter zur Theilung zwang, und nicht den Vater, ist gewiß der, daß, da die Mutter schon unter Curatel steht, es kein anderes Mittel mehr giebt, von den Kindern Verlust abzuwenden; der Vater aber konnte noch unter Vormundschaft gestellt werden, und dann war dadurch die Zersplitterung eines Vermögens vermieden, was, wie schon oben bemerkt, oft das Streben der Gesetzgebung gewesen ist[8]).

Das Resultat obiger Untersuchung ist also: nach Lübschem Rechte findet Abschichtung statt im Fall einer zweiten Ehe, die Mutter kann immer, mit Ausnahme der beiden in II, 2, 28 und 30 enthaltenen Fälle, dazu gezwungen werden, beide Eltern sind außerdem nach eigener Willkür dazu berechtigt. Zur Abtheilung sind die Eltern verpflichtet, sobald die Kinder mündig geworden. Nach der Vormünderordnung ist der Vater im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, im Fall der Mündigkeit und der Verheirathung der Töchter zur Abtheilung verpflichtet. Die Mutter ist im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, der Mündigkeit der Kinder, der Verheirathung der Töchter, schlechter Wirthschaft zur Abtheilung verpflichtet, und nach eigenem Gutdünken dazu berechtigt. Daß außerdem von beiden Seiten durch Vertrag das eine oder das andere stattfinden könne, versteht sich von selbst, wie denn auch in der Praxis häufige Aenderungen vorkommen.

## III. Wie wird getheilt?

Die Abschichtung ist genau vorgeschrieben in II, 2, 2 und 3. Der Vater nimmt zum Voraus seinen Harnisch, die Mutter ihren Trauring oder die Surrogate; das Uebrige wird zur Hälfte zwischen dem par. sup. und den Kindern getheilt. Wie fern diese Art

---

8) Hiemit stimmen überein: Falck, staatsbürgerliches Magazin II, 584. Paulsen, Privatrecht, S. 251. Not. 2.

Digitized by Google

der Theilung noch auf Gültigkeit Anspruch machen kann, ist bereits oben S. 230 gezeigt worden.

Bei der Abtheilung theilen der par. sup. und die Kinder das Vermögen des Verstorbenen nach Kopfzahl [9]). Daß die Praxis sich entschieden so gebildet habe, räumt auch Pauli ein, findet es aber durchaus verwerflich, dem parens einen Kopftheil einzuräumen, wenigstens folge das nicht aus II, 2, 28, wie Mevius behaupte. Dieser Artikel bezieht sich freilich auf einen andern Fall, dient aber doch zur Analogie. Der zweite Ehegatte bekommt nemlich mit seinen Kindern und den Kindern erster Ehe ein Kopftheil aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn man diesem, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, die man sonst immer gegen ihre Stiefeltern zu bevorzugen suchte, diesen Vortheil einräumt, so spricht vielmehr dafür, denselben dem par. sup. erster Ehe im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern zu gestatten. Aus welchen Gründen übrigens Pauli dieß Verfahren tadelt, erfährt man nicht, es läßt sich nur vermuthen, daß er überhaupt die portio statutaria für verwerflich hält, welche indeß im Deutschen Recht begründet ist, sehr genau mit dem Ehe- und Erbrecht zusammenhängt, und fast in allen Particularrechten sich findet. — Nach einigen Particularrechten erhält der par. sup. nicht nur einen Kopftheil, sondern sogar die Hälfte [10]).

Gewöhnlich nimmt man an, die oben beschriebene Abschichtung und Abtheilung habe auf doppelte Weise stattfinden können, entweder durch einen Ausspruch, oder durch reelle Theilung, so auch Pauli S. 194 ff., der dieß, außer durch Stellen des L. R., durch mehrere alte Urkunden zu beweisen sucht. Allein die Stellen des L. R., die man für die Befugniß des Vaters anführt, die Kinder durch einen Ausspruch von sich abzusondern, sind nur auf die eigentliche Absonderung, die vortragsmäßige Auseinandersetzung, zu beziehen, bei der auf das augenblicklich vorhandene Vermögen nicht genau Rücksicht genommen wird. Davon sind gleichfalls die von Pauli angeführten Urkunden zu verstehen, was daraus hervorgeht, daß dabei die Einwilligung der Vormünder und Kinder erwähnt wird, die bei der Abschichtung und Abtheilung nicht erforderlich ist.

---

9) Vergl. Stein §. 238. Carstens II, 24. Mevius, Comm. II, 2, 11 Not. 12 u. 32. Add. ad Not. 30.

10) Vergl. Sammlung Schl.-Holst. Anzeigen von Falck, IV, 480.

Digitized by Google

durch Schenkungen an Kinder nicht ihnen ein Vortheil zugewandt, sondern nur das mütterliche Vermögen vergrößert würde. Ist es die Mutter, welche abtheilt, und die Kinder sollten das während noch bestehender Ehe vom Vater Erhaltene einbringen, so wäre auch dadurch die gesetzliche Dispositionsbefugniß des Vaters aufgehoben. Kamen aber die Schenkungen nach dem Tode des Mannes, während der comm. pror. von der Mutter, so sind solche überall nur zulässig noch II, 2, 16, wenn die Kinder einwilligen. Forderten sie nun später Collation, so würden sie ihre eigenen Handlungen angreifen, was ja allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwider ist. — Hierdurch scheint mir hinreichend dargethan, daß weder bei der Abschichtung noch bei der Abtheilung eine Collation gefordert werden könne, und die Behauptung einer solchen kann nur durch den Mißverstand entstanden sein, daß man diese als Erbfolgen ansah, was sie nicht waren, da durch solche nur, was schon vorher ideell war, jetzt reell wurde. In einen andern Fehler ist noch Behn, S. 38. verfallen, der sogar den mit dem erhaltenen Gute gemachten Erwerb zur Theilung mit den andern Kindern bringen will, was nicht einmal nach gemeinem Recht zulässig ist, da die Früchte und Zinsen erst vom Augenblick der geforderten Collation zu berechnen sind [5].

Die kurze Antwort auf die erste Frage: was wird getheilt? ist also: zu dem zu theilenden Gesammtvermögen gehört das vom Vater und der Mutter Eingebrachte und während der Ehe Erworbene, wie auch das von dem par. sup. während der comm. pror. Erworbene; die ideellen Antheile der Eltern oder Kinder am Vermögen der resp. Eltern oder Großeltern werden vorbehalten; eine Collation findet nicht statt.

## II. Wann wird getheilt?

1. Der überlebende Ehegatte ist nach L. R. bei Eingehung einer zweiten Ehe zur Abschichtung verpflichtet.

II, 2, 21: Stirbet ein Mann sein Weib, und haben sie miteinander Kinder gezeuget, greiffet er dann zur andern Ehe, so soll er Rechnung thun den Freunden seiner Kinder — — — damit den Kindern das Ihre bleibe.

eod. 29: Es mag auch kein Wittwer ein ander Weib nehmen ohne seiner Kinder Freunde Vorwissen, und seines gewesenen

5) Langen und Kori, Erörterungen II, 20.

Digitized by Google

Weibes Freunden, und theile dann mit seinen Kindern und seines Weibes Freunden nach dieser Stadt Recht, so mag er alsdann zur andern Ehe greiffen. Also soll auch inglei- chen eine Wittfrau thun, wenn sie zu der andern Ehe schrei- ten will.

Es finden sich zwar einzelne Fälle, in denen bei einer Wiederver- heirathung die Abschichtung unterblieben ist; allein diese können in einem Vertrag oder Versehen ihren Grund haben, und wenn das geschehen ist, hat man für nöthig befunden die Theilung so zu än- dern, wie sie in II, 2, 28 vorgeschrieben ist, aus welcher Stelle sogar hervorgeht, daß die Gemeinschaft durch eine Wiederverhei- rathung ex ipso aufgehoben ist, indem von da an das ursprüngliche Gut des Vaters und der Mutter unterschieden wird.

Dieß ist die einzige Ursache, aus welcher der überlebende Vater zur Abschichtung verpflichtet ist; war hingegen die Mutter die überlebende, so verhielt sich die Sache ganz anders. Sie mußte nemlich auch abschichten, wenn sie in ein Kloster oder Gottes- haus eintrat.

II, 2, 8. — — — Will sie sich aber anderweit verehelichen, oder in ein Kloster oder Gotteshaus bekauffen, so muß sie theilen mit den Kindern.

Außerdem soll sie nach Stein's Erörterungen II, §. 120. nur zur Abschichtung verpflichtet sein, wenn der Vater im Testament diese befohlen hat. Beachtet man indeß zwei Stellen des L. R., so muß man behaupten, daß die Mutter immer auf Antrag der Kinder oder deren Vormünder abschichten muß, mit Ausnahme von zwei Fällen. Es heißt:

II, 2, 8. Haben Mann und Weib Kinder miteinander, und wer- den alle in den Ehestand begeben, stirbet der Mann, die Frau bleibet besitzen in allen Gütern.

Daraus folgt, daß wenn die Kinder nicht in den Ehestand begeben sind, und dazu wie gewöhnlich ausgesteuert, die Frau nicht sitzen bleibt, sondern abschichten muß. Einen andern Beweis enthält:

II, 2, 30. Nach des Mannes Tode, wenn seine verlassene Witt- frau schwanger ist, soll sie so lange in des Mannes Gut bleiben und aus dem gemeinen Gut nicht gewiesen werden, bis sie der Geburt genesen.

Hieraus ergiebt sich, daß die Ehefrau in allen andern Fällen auf

Digitized by Google

Antrag der Kinder theilen muß. Auch kann es nicht auffallen, daß eine solche Verschiedenheit zwischen Mann und Frau statt findet, da ja in jeder Hinsicht die Frau und Wittwe beschränkter ist, als der Mann und Wittwer; sie muß Vormünder bestellen lassen, I, 7, 12; darf nicht veräußern II, 2, 8; muß Assistenten und Curatoren haben, ohne die sie nicht gerichtlich auftreten kann, I, 7, 12. Es war deßhalb allerdings für die Kinder von großem Vortheil, hinsichtlich ihrer ideellem Antheile am Vermögen nicht mit den Beschränkungen der überlebenden Mutter unterworfen zu sein. Daß von der Wittwe aber eine Abschichtung, und nicht nur eine Abtheilung, gefordert werden konnte, folgt daraus, daß die Abschichtung nach älterm L. R. das Gewöhnliche war, die Abtheilung erst allmählig aufkam, und nur für die bestimmten Fälle, die gleich unten erörtert werden.

Fast einstimmig hält man außerdem den überlebenden parens, nicht nur die Mutter, sondern auch den Vater zur Abschichtung verpflichtet im Fall der Verschwendung und Vermögenszerstreuung [6]). Das Hamburger Stadtrecht III, 3, 3 u. 5 enthält freilich diesen Fall, aber im L. R. ist er weder in den älteren Codices noch im revidirten R. enthalten, und wir sind um so weniger berechtigt, ohne gesetzliche Vorschrift dieß anzunehmen, da durch andere gesetzliche Bestimmungen der, aus der Verschwendung für die Kinder möglicherweise entstehenden, Vermögensbeeinträchtigung vorgebeugt ist. Zufolge I, 7, 6 sollen nemlich Verschwender ihrer Güter unter Vormundschaft gestellt werden, das würde auch hier der Fall sein müssen, so daß die Kinder keinen Schaden leiden, der Vater aber den Genuß der Einkünfte behält, und, falls er aus der Vormundschaft entlassen wird, die Verwaltung wieder übernehmen und die communio prorogata fortführen kann, was, wäre einmal abgeschichtet, nicht mehr möglich ist. Dennoch, obwohl weder Gesetze noch die Vernunft für diesen Abschichtungsgrund sind, hat die Praxis ihn allgemein eingeführt.

Ferner behaupten Viele, daß mündige Kinder Abschichtung fordern könnten; ihnen steht aber nur, wie gleich gezeigt werden wird, ein Recht auf Abtheilung zu.

---

6) Stein II, §. 206, Carstens II, S. 20.

Digitized by Google

Kann nun außer diesen Fällen, in denen die Abschichtung nothwendig ist, dieselbe auch auf einseitigen Antrag des *parens*, nach seinem Belieben statt finden? Die Meinungen darüber sind sehr getheilt: Behn S. 38 und 39 läßt eine Abschichtung nur in den einzelnen, oben bestimmten Fällen zu, eben so Runde, Deutsches Privatr. 608 b. Not. b. Auch Pauli scheint dem parens das Recht nicht zuzugestehen, da er weder bei der unfreiwilligen Absonderung noch Abtheilung etwas davon erwähnt. Anderer Meinung dagegen sind Eichhorn, Einleitung ins D. Pr. R. §. 310. Mittermaier, Deutsch. Pr. R. §. 355; Stein, Erörterungen II, §. 204; Carstens, Beiträge, II, 24; Mevius, Commentar II, 2, 29, 1 und 4, denen man offenbar beistimmen muß. Die Gegner berufen sich auf den Artikel 104 des alten Lübschen Rechtsbuchs von 1254, cont. 1370.

> Welk man sittet na sines wives dode offte ein wiff na eres mannes dode myth kinderen unde der kinder ein syn dinck so anschleith dat de frunde an beidenn siden darayer klaghen werden se denne des tho rade dat kind schall nemen sin andell an enem stucke edder an gelth unde moth darmede schedenn wesen von sinen anderen broderen unde susterenn.

Da hier ein besonderer Grund angegeben sein soll, aus dem es erlaubt wäre Kinder abzuschichten, so wird daraus gefolgert, daß es in allen andern Fällen unstatthaft sei. Allein einmal ist dieser Artikel nicht in das revidirte L. R. aufgenommen, welches allein das für uns gültige ist; dann bezieht sich aber auch der angeführte Artikel auf einen ganz andern Fall. Es ist nämlich hier nicht von einem Gesammtvermögen, einer communio prorogata die Rede sondern von zusammen geführten Geschäften, wo ferner die Umstände andere waren, indem nicht der Vater, sondern die Verwandten auf Aufhebung des bestehenden Verhältnisses klagten [7]. Auch das von Stein in seinen Erläuterungen II, §. 238 angeführte Präjudikat, welches bereits oben S. 234 citirt ist, wird gegnerischerseits als beweisend angeführt. In demselben wird offenbar der Mutter die einseitige Abschichtung untersagt, aber um so unbegreiflicher, da hier sogar eine Wiederverheirathung statt finden sollte. Ein einziges Urtheil macht aber bekanntlich kein Recht, vor allem nicht, wenn es

7) Vgl. Pauli S. 174 ff.



Digitized by Google

bestimmten Gesetzen widerspricht. Endlich führen die Gegner als Grund an: stände es in der Willkür des parens zu theilen wenn er wollte, wäre es überflüssig die andern Fälle der Wiederverheirathung 2c. 2c. speciell hervorzuheben, daraus könne man vielmehr auf das Gegentheil schließen. Hier wird indeß von ihnen die Nothwendigkeit der Abschichtung mit der von der Willkür des parens abhängigen Möglichkeit einer solchen verwechselt. Daß dem parens aber dieß Recht zusteht, entscheiden mehrere Stellen des revidirten L. R. Die von Stein angeführten II, 2, 2 u. 3 beweisen freilich Nichts, denn sie enthalten nur die Art der Abschichtung, falls es zur Theilung kömmt. Das Recht dazu ist aber bestimmt ausgesprochen in

II, 2, 6. Wenn Mann und Frau Kinder mit einander haben, verstirbet ihrer eins, es sei Mann oder Weib, welches über bleibt, das theilt das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert sein: —

eod. 29. Ein Mann der mit seinen Kindern theilen will, wenn er kein Weib hat, oder aber die Kinder unter sich selbst theilen wollen, das mögen sie wol thun.

Ferner folgt dieß Recht aus der Natur der communio, welchen Begriff man, nicht den widersinnigen eines Gesammteigenthums, diesen Güterverhältnissen zum Grunde legen muß, denn bei einer solchen kann jeder Theilnehmer auf Theilung dringen, so fern er veräußerungsfähig ist. — Mevius l. c. 5—6 spricht der Mutter die Befugniß ab, die Kinder wider ihren Willen abzuschichten, weil ihr dieselbe im cit. Art. 29 nicht ausdrücklich gegeben sei. Dieser Grund hätte aber nur dann Gewicht, wenn das Recht abzuschichten als jus singulare anzusehen, und nicht, wie wirklich der Fall, in der Natur des Verhältnisses begründet wäre.

Daß mündige Kinder das Recht nicht haben, auf Abschichtung zu dringen, kann man sich nur aus dem besondern Verhältniß der Kinder zu den Eltern, der väterlichen Gewalt, erklären; vielleicht haben dabei auch Handelsrücksichten obgewaltet.

2. Die Abtheilung findet nach L. R. gesetzlich nur in Einem Falle statt, nämlich, wenn die Kinder mündig und noch nicht ausgesteuert sind, und ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil vom parens superstes fordern.

II, 2, 11. Wenn Vater und Mutter Kinder haben, und alsdann

Digitized by Google

der Eltern eins verstirbt, seyend der Kinder Eins oder mehr zu ihren mündigen Jahren kommen und wollen ihr Erbtheil haben von dem verstorbenen Vater oder Mutter, man soll ihnen dasselbe nicht verweigern.

Mehrere verstehen diesen Artikel nicht von der Abtheilung, sondern von der Abschichtung, so: Pauli, S. 168 u. 206, Behn, S. 38; weil die Abtheilung dem ältern Recht unbekannt sei. Allein dieß ist nur zum Theil wahr, selten war sie allerdings, daß sie indeß schon zur Zeit des revidirten Rechts bekannt gewesen, ergeben theils Urkunden, theils die Fassung dieses Artikels, der eine Aenderung des ältern Rechts enthält. In dem lautet nemlich der Artikel 101 so:

Welck man unde wiff bede kinder tho hope hebben unde erer ein vorstervetħ dat sy man effte wiff is dat also dat der kinder ein edder alle mündich syn unde eschenn ere andell offte erve men mach en des nicht vorwesenn in düssenn Rechte.

Das Wort erve, welches unbestimmt auf das gesammte Vermögen ging, haben die Revisoren für nöthig gehalten genauer zu bestimmen oder abzuändern durch: ihr Erbtheil — von dem verstorbenen Vater oder Mutter. — Ein anderer von Behn erwähnter Grund, daß Fälle erwähnt werden, in denen, während einige Geschwister noch mit ihren Gütern in der Were sich befinden, andere schon abgeschichtet waren und keine Rechte mehr an den Gütern des überlebenden parens hatten, ist von keinem Gewicht. Denn da es in der Willkür des Vaters stand, abzuschichten wann er wollte, so mußte es ihm frei stehen, einige oder alle Kinder abzutheilen, da überdieß die mündigen nicht gezwungen waren, Abtheilung zu fordern, sondern auch in der Gemeinschaft bleiben konnten. Daß eine Abtheilung, vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen allein, bekannt war, beweis't ferner

II, 2, 33 am Ende: — — würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder das väterliche oder mütterliche ausdrücklich vorbehalten, das seyen keine abgesonderte Kinder.

Der Artikel handelt von einer Abfindung durch Vergleich; konnten die Parteien sich darüber nicht vereinigen, und auch keine Abschichtung gefordert werden, so mußten die Freunde und Vormünder den Kindern ihr väterliches oder mütterliches Erbtheil vorbehalten, bis



Digitized by Google

diese, zu den Jahren der Mündigkeit gekommen, es fordern konnten. Pauli folgert auf mir unbegreifliche Weise aus Art 34 eod., wornach im Zweifel die Präsumtion für gänzliche Abfindung ist, daß, wenn ein Kind mit sonderlichem bescheidenen Gute ausgesteuert sei, väterliches oder mütterliches Erbtheil in der Regel das Gesammtvermögen bedeute. In dem Artikel ist aber vom väterlichen oder mütterlichen Erbtheil gar nicht die Rede, er bezieht sich auf denselben Fall wie der citirte Art. 33, in dem von einer Abfindung durch Vertrag die Rede ist, was aus den Worten:

— — würde damit der Sohn oder die Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern derzeit begnüget und friedlich sein,

deutlich hervorgeht. — Auch die Natur der Sache spricht dafür, daß man mündigen Kindern nur gestattete, ihren väterlichen oder mütterlichen Erbtheil zu fordern. Da der Vater nicht gezwungen werden konnte, die Kinder auszusteuern, es aber mündigen Kindern, die aus der Vormundschaft gingen, und ein eigenes Geschäft anfangen wollten, von der größten Wichtigkeit sein mußte, etwas Vermögen zu erhalten, so war es politisch richtig, ihnen das Recht zu geben, ihren Antheil vom väterlichen oder mütterlichen Vermögen zu fordern, nicht aber das Gesammtvermögen durch Abschichtung zu zersplittern. Der Handelspolitik einer Stadt, wie Lübeck, war es angemessen, sowol die Fortdauer alter, als das Emporkommen neuer Handlungshäuser zu begünstigen.

Was den Termin der Mündigkeit betrifft, so ist es streitig, ob man hier den der ältern Statuten oder des revidirten Rechts zur Anwendung bringen soll. Das Mündigkeitsalter des Statuts, welches Pauli vorzieht, kann jedoch gewiß nur in den Fällen gültig sein, in welchen es ausdrücklich durch die Revisoren beibehalten ist, z. B. bei der Testamentsmündigkeit; in den übrigen Fällen tritt gewiß die Mündigkeit erst mit dem 25. Jahr ein nach den Bestimmungen des revidirten Rechts. In Holstein tritt jetzt übrigens allgemein Mündigkeit mit dem 25sten Jahre ein.

Mündigkeit ist übrigens der einzige gesetzliche Grund, aus welchem Abtheilung gefordet werden kann. Daß sie diß in späterer Zeit immer allgemeiner wurde und jetzt fast allein geltend ist, beruht nur auf einem Verzicht, wie schon oben gesagt ist, cf. Pauli 205 u. 6. Irrig ist es deßhalb, sowohl wenn Stein II, 119 u. 120 behauptet, daß es immer im Belieben der Eltern gestanden, abzu-

Digitized by Google

schichten oder abzutheilen, als auch wenn umgekehrt Carstens II, 25 meint, daß es von der Wahl der Kinder abgehangen, Abschichtung oder Abtheilung (er gebraucht dafür die Ausdrücke: Grundtheilung und Ausspruch, letzteres bestimmt gegen den Sinn und die Terminologie des Lübschen Rechts) zu fordern. Der von ihm angeführte Grund, daß Unmündige große Vorrechte hätten, paßt nicht im Entferntesten, da nur Mündige Abtheilung fordern können. Nach jedem Recht wird überhaupt die Lage der Eltern begünstigt sein, was theils aus dem elterlichen Verhältniß, theils aus der geführten Vormundschaft folgt. Doch darf man darin umgekehrt auch nicht zu weit gehen, wie Stein l. c. Daß nemlich Abtheilung statt Abschichtung nur mit Bewilligung der Kinder erfolgt, beweisen die Artikel II, 2, 33 u. 34. Die Eltern würden sonst Alleineigenthümer sein. Auf Stein mag übrigens die damals gültige Ansicht eines condominium in solidum Einfluß gehabt haben, so daß die comm. pror. in ihrer eigenthümlichen Natur bei ihm gar nicht in Betracht kam.

3. Die Vormünderordnung für Holstein vom 13. Sept. 1743 führt drei Gründe an, weßhalb der Vater, und fünf, aus denen die Mutter zur Auflösung der comm. pror. verpflichtet ist; ob diese aber eine Abschichtung oder Abtheilung sei, ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Da jedoch im §. 3 der genannten Verordnung ausdrücklich gesagt ist, es solle nach jeden Orts Rechten vom mütterlichen, oder väterlichen und mütterlichen Vermögen zugleich abgetheilt werden, so ist anzunehmen, daß bei den im Lübschen Recht und der Vormünderordnung gleichen Gründen, den Bestimmungen des L. R. gemäß bald Abschichtung, bald Abtheilung eintritt. Findet die Auflösung aus Gründen statt, die nicht auch schon im L. R. enthalten sind, so kann nur Abtheilung gefordert werden, als die zur Zeit der Publication der Verordnung allgemeinere. Die einzelnen Gründe sind, ist der Vater der überlebende: zweite Ehe, Mündigkeit, Verheirathung der Töchter; ist es die Mutter, außer diesen noch: ihr eigner Wille zu theilen und schlechte Haushaltung. Auch in den übrigen drei, in den Herzogthümern Schleswig und Holstein zur Anwendung kommenden, Vormünderordnungen, nemlich für Schleswig, für den gemeinschaftlichen und den großfürstlichen Antheil, sind dieselben Gründe aufgeführt. Man kann daher um so mehr schließen, daß die Mutter nicht ohne guten Gründe in jenen beiden genannten Fällen mehr zur Auflösung der comm. pror. ver-

Digitized by Google

pflichtet ist, und daß dieselben auf den Vater keine Anwendung leiden. Der Vater ist nemlich Vormund seiner Kinder, hat als solcher die Verwaltung ihres Vermögens, darf sich dieser Pflicht also eben so wenig entziehen, wie andere Vormünder. Darauf deuten auch die Worte: schuldig und gehalten sein, die in allen vier Verordnungen vorkommen. Der Grund, weßhalb man die verschwenderische Mutter zur Theilung zwang, und nicht den Vater, ist gewiß der, daß, da die Mutter schon unter Curatel steht, es kein anderes Mittel mehr giebt, von den Kindern Verlust abzuwenden; der Vater aber konnte noch unter Vormundschaft gestellt werden, und dann war dadurch die Zersplitterung eines Vermögens vermieden, was, wie schon oben bemerkt, oft das Streben der Gesetzgebung gewesen ist [8]).

Das Resultat obiger Untersuchung ist also: nach Lübschem Rechte findet Abschichtung statt im Fall einer zweiten Ehe, die Mutter kann immer, mit Ausnahme der beiden in II, 2, 28 und 30 enthaltenen Fälle, dazu gezwungen werden, beide Eltern sind außerdem nach eigener Willkür dazu berechtigt. Zur Abtheilung sind die Eltern verpflichtet, sobald die Kinder mündig geworden. Nach der Vormünderordnung ist der Vater im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, im Fall der Mündigkeit und der Verheirathung der Töchter zur Abtheilung verpflichtet. Die Mutter ist im Fall einer zweiten Ehe zur Abschichtung, der Mündigkeit der Kinder, der Verheirathung der Töchter, schlechter Wirthschaft zur Abtheilung verpflichtet, und nach eigenem Gutdünken dazu berechtigt. Daß außerdem von beiden Seiten durch Vertrag das eine oder das andere stattfinden könne, versteht sich von selbst, wie denn auch in der Praxis häufige Aenderungen vorkommen.

### III. Wie wird getheilt?

Die Abschichtung ist genau vorgeschrieben in II, 2, 2 und 3. Der Vater nimmt zum Voraus seinen Harnisch, die Mutter ihren Trauring oder die Surrogate; das Uebrige wird zur Hälfte zwischen dem par. sup. und den Kindern getheilt. Wie fern diese Art

8) Hiemit stimmen überein: Falck, staatsbürgerliches Magazin II, 584. Paulsen, Privatrecht, S. 251. Not. 2.

Digitized by Google

der Theilung noch auf Gültigkeit Anspruch machen kann, ist bereits oben S. 230 gezeigt worden.

Bei der **Abtheilung** theilen der par. sup. und die Kinder das Vermögen des Verstorbenen nach Kopfzahl [9]). Daß die Praxis sich entschieden so gebildet habe, räumt auch **Pauli** ein, findet es aber durchaus verwerflich, dem parens einen Kopftheil einzuräumen, wenigstens folge das nicht aus II, 2, 28, wie **Mevius** behaupte. Dieser Artikel bezieht sich freilich auf einen andern Fall, dient aber doch zur Analogie. Der zweite Ehegatte bekommt nemlich mit seinen Kindern und den Kindern erster Ehe ein Kopftheil aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn man diesem, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, die man sonst immer gegen ihre Stiefeltern zu bevorzugen suchte, diesen Vortheil einräumt, so spricht vielmehr dafür, denselben dem par. sup. erster Ehe im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern zu gestatten. Aus welchen Gründen übrigens **Pauli** dieß Verfahren tadelt, erfährt man nicht, es läßt sich nur vermuthen, daß er überhaupt die portio statutaria für verwerflich hält, welche indeß im Deutschen Recht begründet ist, sehr genau mit dem Ehe- und Erbrecht zusammenhängt, und fast in allen Particularrechten sich findet. — Nach einigen Particularrechten erhält der par. sup. nicht nur einen Kopftheil, sondern sogar die Hälfte [10]).

Gewöhnlich nimmt man an, die oben beschriebene Abschichtung und Abtheilung habe auf doppelte Weise stattfinden können, entweder durch einen Ausspruch, oder durch reelle Theilung, so auch **Pauli** S. 194 ff., der dieß, außer durch Stellen des L. R., durch mehrere alte Urkunden zu beweisen sucht. Allein die Stellen des L. R., die man für die Befugniß des Vaters anführt, die Kinder durch einen Ausspruch von sich abzusondern, sind nur auf die eigentliche Absonderung, die vortragsmäßige Auseinandersetzung, zu beziehen, bei der auf das augenblicklich vorhandene Vermögen nicht genau Rücksicht genommen wird. Davon sind gleichfalls die von **Pauli** angeführten Urkunden zu verstehen, was daraus hervorgeht, daß dabei die Einwilligung der Vormünder und Kinder erwähnt wird, die bei der Abschichtung und Abtheilung nicht erforderlich ist.

---

9) Vergl. **Stein** §. 238. **Carstens** II, 24. **Mevius**, Comm. II, 2, 11 Not. 12 u. 32. Add. ad Not. 30.

10) Vergl. Sammlung Schl.-Holst. Anzeigen von **Falck**, IV, 480.

Digitized by Google

Die Befugniß des Vaters, einen Ausspruch zu thun (man verwechsele das nicht mit der vertragsmäßigen Absonderung, die auch so genannt wird) würde auch durchaus dem Wesen der comm. pror. widersprechen. Nach dieser sind nemlich die Kinder, wie bei jeder communio Miteigenthümer, durch einen Ausspruch erhalten die Kinder aber nur ein privilegirtes Pfandrecht (II, 2, 31), es würde ihnen also einseitig vom Vater ihr Eigenthum entzogen werden, was auf keinen Fall anzunehmen ist. Wo ein solcher Ausspruch stattfindet, kann er deßhalb immer nur durch freie Uebereinkunft, durch einen Vertrag, stattgefunden haben, sonst muß reelle Auseinandersetzung eintreten.

Anders verhält sich die Sache nach der Holsteinischen Vormünderverordnung, in der dem Vater ausdrücklich das Recht eines Ausspruchs gegeben ist. Im §. 3 der genannten Verordnung heißt es: der Vater soll mit zwei mütterlichen Verwandten sich bei der Obrigkeit einfinden, und seinen Kindern statt mütterlichen und zugleich väterlichen Erbes, (was ebenfalls für eine noch stattfindende Abschichtung spricht) nach Beschaffenheit seiner Güter das gewissenhaft zugelegte Quantum deklariren, und sodann die ausgesagte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotocoll auf seinen Namen inseriren lassen. Legt man auf die durchschossenen Worte Nachdruck und vergleicht damit den Artikel II, 2, 33 und 34, so könnte man freilich bewogen werden, zu glauben, auch hier sei nur von einer vertragsmäßigen Absonderung die Rede. Allein, daß der Vater immer ein Recht darauf habe, und nicht an die Einwilligung der Kinder oder mütterlichen Verwandten gebunden sei, geht aus andern Stellen deutlich hervor.

Holst. Vorm. Ordn. §. 25. — Dieß Recht der Aussage verliert er, wenn die Kinder mündig geworden.

eod. §. 7 — — — die priesterliche Einsegnung dennoch erschlichen worden, nicht allein eine Strafe von 50 Thlr. unserm Fiskus erlegen, sondern auch sofort, sowol Wittwe, als Wittwer, ohne daß letzterer sich im Geringsten des ihm zustehenden Vorzugs der Aussage mehr erfreuen könne, durch die Obrigkeit des Orts zu rechtlicher Theilung angehalten werden.

Die Mutter hat folglich das Recht des Ausspruchs nicht, der Vater immer, ausgenommen, wenn die Kinder mündig geworden, oder er heimlich eine zweite Ehe eingegangen ist. Diese dem We-

sen der communio widersprechende Abweichung kann vielleicht dadurch erklärt werden, daß zur Zeit der Abfassung dieser Verordnung, statt des jetzt angenommenen Begriffs einer Gemeinschaft nach ideellen Theilen, der eines dem Vater zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, allgemeiner angenommen ward.

Ist nun dennoch, trotz des Verbots, bei Eingehung einer neuen Ehe weder abgeschichtet noch abgetheilt, wie wird dann getheilt, falls es endlich dazu kömmt? Nach der Strenge des Rechts müßte man antworten, es findet Abschichtung oder Abtheilung statt, so bald die Kinder oder Vormünder darauf dringen, ohne daß dabei auf das zugebrachte Vermögen des Stiefparens Rücksicht genommen wird. Hat aber die zweite Ehe schon lange gedauert, so kann man nicht läugnen, daß, ist der Stiefparens der Mann, für die Kinder erster Ehe, ist es die Frau, für diese und ihre etwanigen Kinder eine Unbilligkeit sich ergeben würde, weil der Mann die freie Verwaltung des Vermögens hat. Deßhalb haben die Revisoren des L. R. bei der durch Tod erfolgten Auflösung der zweiten Ehe eine andere Theilung eintreten lassen, welche aber auch in dem Fall anzuwenden sein wird, wenn es während noch bestehender zweiter Ehe zur Theilung kömmt. Die Artikel II, 2, 26 und 28 bestimmen die Theilung, wenn unabgeschiedene Kinder aus beiden Ehen vorhanden sind, folgendermaßen. Die Schulden werden vorher von dem gesammten Vermögen abgezogen; die Kosten der zweiten Hochzeit und die Hochzeitskleider ersetzen der Stiefparens und die Kinder zweiter Ehe, dann nehmen die Kinder erster Ehe ihren väterlichen oder mütterlichen Antheil voraus, das des verstorbenen zur zweiten Ehe geschrittenen parens theilen sie mit dem überlebenden Gatten und den Kindern zweiter Ehe nach Kopfzahl. War die zweite Ehe unbeerbt, so wird das Vermögen zur Hälfte getheilt zwischen dem überlebenden parens und den Kindern erster Ehe. Diese Art der Theilung kann man aber keineswegs als eine Modification der Abtheilung ansehen, wie Mevius II, 2, 11. Not. 32; 29. Not. 18 und besonders 28 Not. 21 will, weil in odium der zweiten Ehe dem Ehegatten die Statutarportion genommen sei [11]), sondern es ist eine Modification der Abschichtung, auf die eigentlich die Kinder er-

11) Vergl. Krohn, §. 4 in Triga, Dissertationes p. 45.

ster Ehe ein Recht haben, die aber so beschränkt wurde, weil sie sonst häufig gegen den zweiten Ehegatten und dessen Kinder, wenn von ihnen Vermögen zugebracht war, unbillig gewesen sein würde.

Die Vormünderverordnung für Holstein schreibt vor, daß bei einer zweiten Ehe Abtheilung stattfinden solle; wird dieß nicht befolgt, so soll, nach dem citirten §. 7, außer gewissen Nachtheilen, die den Contravenienten treffen, die Obrigkeit des Orts ihn zur rechtlichen Theilung anhalten. Da aber nicht genau angegeben ist, wie dieselbe dann zu machen sei, sondern es im §. 3 heißt: „nach jeden Orts Rechten", so wird man so unterscheiden müssen. Kömmt es während noch bestehender zweiter Ehe zur Erörterung dieser Frage, so wird fingirt, der Zustand sei derselbe wie vor eingegangener Ehe, und dann nach oben angegebener Weise getheilt; ist aber die zweite Ehe schon wieder durch den Tod getrennt, so tritt die in II, 2, 26 und 28 vorgeschriebene ein.

## IV. Welche Wirkungen hat die Abschichtung und Abtheilung?

Zur gehörigen Beantwortung dieser Frage ist ein dreifaches Verhältniß zu berücksichtigen, das der Eltern und Kinder zu einander, der Geschwister, und das Dritter zu den Eltern und Kindern.

A. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Eltern und Kinder haben wir unser Augenmerk nur auf das Vermögen, nicht auf die persönlichen Beziehungen zu richten, diese bleiben unverändert. Auf das Vermögen sind die Wirkungen verschieden, je nachdem Abschichtung oder Abtheilung stattgefunden hat.

1. Bei der Abschichtung ist zweierlei zu berücksichtigen, nemlich das Recht an dem abgesonderten, und dem den Eltern gebliebenen Vermögen.

a. Hinsichtlich des erstern treten verschiedene Wirkungen ein, je nachdem die Auseinandersetzung durch einen Ausspruch oder reelle Theilung geschieht. Im Falle eines Ausspruches bleibt das Eigenthum bei den Eltern allein, die Kinder haben nach L. R. II, 2, 31 ein Forderungsrecht, das, ist es vor dem Rath geschehen, einen Vorzug vor dem Brautschatz hat, sonst nur die Stelle des Kindergeldes einnimmt; nach der Holst. Vorm.Ordn. §. 3 ein protocollirtes Pfandrecht. Erklären läßt sich dieß rücksichtlich des L. R.

Digitized by Google

nur durch einen Verzicht der Kinder, worauf die Artikel II, 2, 33 und 34 deutlich hinweisen. Die Verfasser der Holst. Vorm.Ordn. sind, wie schon oben gesagt, durch die Idee eines dem parens zustehenden Obereigenthums, mit nur eventuellen Rechten der Kinder, zu dieser Unbilligkeit verleitet worden. Im Falle einer reellen Theilung geht das volle Eigenthum auf die Kinder über, auf mündige auch die freie Administration, die, sind sie unmündig, dem Vater zusteht, wie nach Holst. Vorm.Ord. §. 2 ebenfalls über das anderswoher Erworbene. Damit ist der Usufruct verbunden, und er ist nicht verpflichtet, Rechnung abzulegen. Die Mutter hat unter Zuziehung von Assistenten dieselben Rechte, mit der Beschränkung, daß ihr nur ein gemeinschaftlicher Nießbrauch zusteht. Die Eltern behalten Intestaterbrechte an diesem Vermögen; doch treten sie um zwei Grade zurück, die mit abgesonderten und nicht abgesonderten Geschwister gehen vor.

b) An dem dem abschichtenden *parens* bleibenden Vermögen behalten die Kinder, in so fern es Erbgüter sind, die allgemeinen Rechte. Die Mutter, die mit den Kindern in der Gemeinschaft saß, konnte ohne der Kinder Einwilligung über nichts disponiren, jetzt erhält sie freie Disposition. Die Kinder haben überhaupt nur künftige, nemlich Erbrechte, die jedoch bedeutend modificirt sind. Hatte die Abschichtung nemlich zum Zweck einer zweiten Ehe statt gefunden, und war diese beerbt, so sind ihnen alle Rechte genommen; in den übrigen Fällen bleiben sie Intestaterben, jedoch nicht mehr die nächsten, die nicht abgesonderten gehen nemlich vor.

Ueber die Frage: ob die abgesonderten Kinder Pflichttheilsberechtigte sind? ist man nicht einig; die Meisten läugnen es freilich, aber Runde, Mittermaier und Mevius behaupten es nach meiner Meinung mit vollem Recht. Der Anspruch auf einen Pflichttheil ging mit der Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland auch in das Deutsche Recht über, da hier derselbe Grund vorhanden war, der in Rom dazu führte, das nahe Band der Verwandtschaft, welches durch Abschichtung nicht aufgehoben wird. Die Gegner behaupten nun freilich, z. B. Pauli S. 213. Stein §. 153, daß durch die Abschichtung schon der Pflichttheil auf die Kinder gekommen sei. Allein diese Behauptung ist falsch, denn nicht immer erhalten die Kinder durch Abschichtung et-

Digitized by Google

was vom Vermögen des parens superstes (die den Kindern bisher zustehenden ideellen Antheile am Gesammtvermögen sind dadurch nur zu reellen geworden); möglicherweise hat, wollen wir vom väterlichen und mütterlichen Vermögen sprechen, wobei auf das von den Eltern Eingebrachte zu sehen ist, der parens superstes noch etwas vom Vermögen des parens defunctus behalten, wenn nämlich dessen Vermögen größer war, und die Kinder haben dem parens abgegeben, statt von ihm zu erhalten. Ihre Ansprüche auf den Pflichttheil können deßhalb nicht aufgehoben sein, nur dadurch sind sie vielleicht erloschen, daß nähere Intestaterben eingetreten sind, was der Fall sein kann entweder dadurch, daß in der zweiten Ehe Kinder geboren, oder neben den abgesonderten noch unabgesonderte zurückgeblieben sind. Sind solche Kinder aber nicht vorhanden, so treten die abgesonderten als Intestaterben ein, falls der parens superstes ohne Testament starb; hat er ein Testament gemacht, so muß er den Pflichttheil hinterlassen. In dem Wesen der Abschichtung liegt mithin nicht der Verlust des Pflichttheils, dieß könnte nur durch positive Gesetze vorgeschrieben sein, und solche glaubt man auch gefunden zu haben. Man beruft sich nemlich auf II, 2, 33 und 34, wo gesagt ist, daß solche abgesonderte und abgetheilte Kinder nichts mehr zu fordern haben. Die hier genannten abgesonderten und abgetheilten Kinder sind aber keine abgeschichtete, sondern in diesen beiden Artikeln ist von einem Erbvertrage, nicht von einer gesetzlichen Abschichtung die Rede. Das folgt aus dem Schluß des Artikels 33, welcher so lautet:

> würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder der Vater- oder Muttertheil ausdrücklich vorbehalten, das sind keine abgesonderten Kinder.

Wäre hier von der gesetzlichen Abschichtung die Rede, so würde den Kindern und Vormündern das Protestiren nichts helfen, denn dazu ist der Vater unter bestimmten Umständen berechtigt und verpflichtet, und erhalten die Kinder ihren gesetzlich bestimmten Antheil, so müssen sie sich damit begnügen. Es ist ein Fall gemeint, der gewiß nicht selten vorgekommen, und jetzt nach der Vormünderordnung für Holstein eine gesetzlich vorgeschriebene Form der Theilung ist. Weil es nemlich oft beschwerlich und fast unmöglich sein wird, den Bestand des Vermögens genau zu ermitteln, so wird den Kindern

Digitized by Google

nach ungefährer Schätzung eine bestimmte Summe zugesprochen, wobei natürlich die Einwilligung der Kinder oder ihrer Vormünder nothwendig ist. Dasselbe beweist der Artikel 34:

> — — — würde damit der Sohn oder Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern zu der Zeit begnüget und friedlich sein, so ist solche Person, Sohn oder Tochter, abgesondert und abgetheilt, es sei wenig oder viel.

Eben so wenig können die Gegner sich auf II, 2, 16 berufen, in dem es am Schlusse heißt:

> denn diejenigen, welche von den Eltern abgeschieden, haben Nichts zu fordern.

Diese Schlußworte sind nemlich mit den vorhergehenden zu verbinden:

> — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen, doch mit diesen Kindern, welche nicht abgesondert seien.

Hier stehen also abgesonderte und nicht abgesonderte neben einander, weßhalb die abgesonderten, als entferntere Intestaterben, keinen Pflichttheil mehr fordern können.

Der ferner von den Gegnern angeführte Artikel II, 1, 8, spricht mehr gegen sie:

> Machet Jemand ein Testament nach Ordnung Lübschen Rechts, und hat zuvor eine Ehefrau gehabt, davon noch Kinder leben, nimmt er dann ein ander Weib, und zeuget mit derselben auch Kinder, was er alsdann seinen zuvor abgesonderten Kindern in seinem Testament darzu giebt, es sei wie viel oder wenig es wolle, daran müssen sie sich begnügen lassen.

Auch hier sind abgesonderte und nicht abgesonderte Kinder neben einander, weshalb erstere keinen Pflichttheil fordern können; da aber in diesem Artikel, in dem vom Pflichttheit des Lübschen Rechts die Rede ist, ausdrücklich hervorgehoben wird, daß abgesonderte Kinder, sind nicht abgesonderte aus zweiter Ehe vorhanden, keinen Anspruch auf einen Pflichttheil haben, so geht daraus hervor, daß sie im entgegengesetzten Fall sehr wohl darauf Anspruch machen können.

Außerdem findet man einen Grund darin, daß der parens superstes genöthigt ist, alles während der communio prorogata Erworbene einzuwerfen, die Kinder aber nicht, woraus folgen soll, daß

Digitized by Google

sie vom gesammten Vermögen des parens abgeschieden würden. Allein ist dieß der Fall, wie zwar die Praxis lehrt, aber nicht die Gesetze, so kann man darin nur eine Ausnahme und Begünstigung der Kinder finden; aus einem jus singulare darf man aber keine Folgerungen ziehen. Es entspricht nemlich dem Wesen einer communio durchaus, daß das von beiden Seiten Erworbene conferirt wird; haben die Gesetze es einem Theil erlassen, so ist das ein jus singulare. Auch sind die Eltern auf andere Weise wieder dafür begünstigt, indem der Mann und die Frau einen Voraus haben. Da es ferner eine Menge Beispiele giebt, in denen abgeschiedenen Kindern ihr Antheil am später Erworbenen vorbehalten wird, so folgt auch hieraus, daß sie noch Ansprüche am elterlichen Vermögen behalten.

Sehen wir also auf den Grund des Pflichttheils und das Wesen der Schichtung, die nur auf das gemeinschaftliche, nicht auf das väterliche Vermögen sich bezieht, bedenken wir, daß durch die Abschichtung die persönlichen Verhältnisse nicht geändert werden, so könnte der einzige Grund, abgeschichteten Kindern den Pflichttheil abzusprechen, in Gesetzesstellen liegen. Die angeführten beweisen das aber nicht, folglich wird mit Recht behauptet, daß auch abgeschichtete Kinder Pflichttheilsberechtigte sind, wiewohl die größere Anzahl der Schriftsteller sich dagegen ausgesprochen hat. Daß umgekehrt unter denselben Verhältnissen auch Eltern im Vermögen ihrer abgeschichteten Kinder ein Recht auf den Pflichttheil haben, läßt sich aus denselben Gründen nicht bezweifeln.

2. Bei der Abtheilung treten in Betreff des abgetheilten Vermögens, mag ein Ausspruch oder eine Theilung statt finden, dieselben Wirkungen ein, wie bei der Abschichtung. Das Kind erhält im Fall eines Ausspruchs ein Forderungs- und Pfandrecht, der Vater wird Alleineigenthümer und hat den Ususfruct. Bei der reellen Theilung erhalten die Kinder das Eigenthum, mündige zugleich Verwaltung und Nießbrauch, bei unmündigen bleiben diese dem Vater oder Vormündern. — An dem dem parens bleibenden Vermögen haben die Kinder Intestaterbrechte, und hier unbestritten Anspruch auf den Pflichttheil, da sie gar nicht als abgesonderte gelten [12].

---

12) Vgl. Falck, Sammlung Schl. Holst. Anzeigen. IV, 477.

Digitized by Google

B. Auf das Verhältniß der Geschwister zu einander hat die Abtheilung gar keinen Einfluß, die Abschichtung aber wie schon erwähnt, hinsichtlich des Erbrechts, da nicht abgesonderte die abgesonderten Geschwister erst beerben, wenn keine mitabgesonderte mehr vorhanden sind, und umgekehrt die abgesonderten durch die nicht abgesonderten ausgeschlossen werden. Sind sie aber die nächsten Intestaterben, so haben sie auch, unter den Voraussetzungen des gemeinen Rechts, Anspruch auf den Pflichttheil.

C. Die Wirkungen der Abschichtung und Abtheilung hinsichtlich dritter Personen beziehen sich nur auf Schuldner und Gläubiger. Für die ersten kommen die allgemeinen Grundsätze von der Cession zur Anwendung. Was die Gläubiger betrifft, so haftet ihnen während der Gütergemeinschaft das gesammte in der Gemeinschaft befindliche Vermögen; deßhalb ist vorgeschrieben, daß, bevor es zur Theilung kommt, die Schulden von demselben abgezogen werden sollen.

II, 2, 26: Die Schuld soll man bezahlen von dem gemeinen Gut.
— — 28: — — — ist da auch Schuld vorhanden, die soll man von dem gemeinen Gut zuvor bezahlen.

Von dem reinen Activvermögen bekommen dann die Kinder ihre Quoten. Geschieht aber die Bezahlung der Schulden nicht sogleich, und reicht nun nachher das dem parens superstes gebliebene Vermögen nicht zu, können dann die Gläubiger die abgeschichteten oder abgetheilten Kinder in Anspruch nehmen? Die Antwort ist verschieden, je nachdem man annimmt, daß die Kinder ihre Quote vermöge Erbrechts oder Vertrags erworben haben. Im ersten Fall haften sie, im zweiten nicht. Es läßt sich nun auf keinen Fall längnen, daß die Kinder nur vermöge Erbrechts an die Stelle ihres parens defuncti getreten sind, und damit seine Verbindlichkeiten, wie jeder Erbe, übernommen haben; die später mit dem parens superstes vorgenommene Abtheilung oder Abschichtung kann sie unmöglich von dieser Verbindlichkeit befreien, und den Gläubigern etwas von ihrem Rechte nehmen, sie haften so weit die erhaltene Quote reicht, falls sie ein Inventar errichtet; sonst noch weiter. Anders bei der vertragsmäßigen Absonderung, durch welche sie ihre Rechte am Gesammtvermögen aufgeben, die sie alle dem parens superstes übertragen, sie hören auf, Erben zu sein, oder sind es vielmehr nie geworden; durch den dabei statt-

Digitized by Google

gefundenen Verzicht sind alle Rechte und Pflichten dem par. sup. anheimgefallen, der jetzt allein den Gläubigern haftet. Das, was die Kinder bei diesem Vertrag als Gegenleistung von dem parens erhalten, kann von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden, so fern derselbe überhaupt freie Dispositionsbefugniß hatte und nicht in fraudem creditorum handelte. Darauf bezieht sich auch II, 2, 31 wo dem Kindergeld ein Pfandrecht, und zwar, ist es ordentlicher Weis vor dem Rath geschehen, ein Vorzug vor dem Brautschatz gegeben wird, wodurch die Kinder also, als Gläubiger des Gesammtvermögens, mit Vorzugsrechten vor fast allen andern Gläubigern dargestellt sind. So sind auch die Fälle in den Schl.=Holst. Anzeigen, alte Folge, IV, 391, zu erklären, wo die Kinder nur für schuldig zu zahlen gehalten werden, wenn die Abtheilung, als in fraudem creditorum geschehen, bewiesen wird. Denn hier hatte auch eine vertragsmäßige Absonderung statt gefunden. Ebenfalls gehört hierher das Gutachten der Kieler Juristenfacultät in Brinkmann, Rechtskunde I, S. 29, wo die Kinder für schuldig erklärt werden zu zahlen, wenn der Gläubiger beweist: daß der Gemeinschuldner, als er den in Frage befangenen Ausspruch wegen des Eingebrachten seiner ersten Ehefrau zum Besten der implor. Pupillen gethan, nicht mehr so viel im Vermögen gehabt, um seine Gläubiger zu befriedigen, und *zugleich* die ausgesprochene Summe seinen Kindern erster Ehe gewähren zu können. Ferner stimmt hiermit überein der in Heise und Cropp, Abhandlungen II, 277 entschiedene Fall, bei dem nur, um den gemachten Unterschied zu erklären, zu berücksichtigen ist, daß dort particulaire Gütergemeinschaft gilt.

Hiermit glaube ich die Lehre von der Abschichtung und Abtheilung hinreichend erörtert zu haben. Daß durch Vertrag und Testament bedeutende Veränderungen eintreten können, versteht sich von selbst; doch gehören die dadurch bewirkten Modificationen, welche übrigens auch nach den Grundsätzen über Verträge und Testamente zu beurtheilen sind, nicht in den Bereich dieser Abhandlung, die nur die Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen über die Auflösung der communio prorogata zu ihrem Zwecke hatte.

---

Digitized by Google

# VI.

# Das Erbrecht der adelichen Töchter und deren Verzichte.

Von Reyscher.

## §. 1. Standpunct der Untersuchung. Ansichten der Neueren.

Der Ansicht mancher Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts (Gundling, Senkenberg), daß den Weibern ein Erbrecht nach älterem deutschem Rechte, wenigstens im Grundbesitz gar nicht zugekommen sei, und der Erbverzicht derselben blos als Kautel gedient habe, um gegen das eindringende römische Recht das ausschließliche Erbrecht des Mannsstamms aufrecht zu erhalten, ist zwar schon von J. J. Reinhard[1]) widersprochen worden. Indessen dauerte es lange, bis dieser Widerspruch Geltung erhielt. Noch J. St. Pütter[2]) und J. F. Runde[3]) waren im Wesentlichen jener Meinung und, wie es bei angenommenen Meinungen geht, Spuren der früheren Ansicht von der allgemeinen Zurücksetzung der weiblichen Nachfolge gegen die männ-

1) Abhandlung von dem Erbfolgsrecht derer Töchtern vor denen Stammsvettern in deutschen Reichs-Allodien, Giessen 1746.

2) Auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 824. nr. 33. Hier wird die Meinung ausgesprochen: die Verzichte der adelichen Töchter unterscheiden sich dadurch von anderen Renunciationen, weil hier auf ein Recht verzichtet werde, was sie nicht haben würden, wenn sie auch nicht verzichtet hätten. Doch sagt er auf S. 158. nr. 19 f., daß der Verzicht des Mannsstamms sich immer nur auf Lehen und altväterliche Stammgüter (?) erstreckt habe.

3) J. F. Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts, 6te Aufl., herausg. von Chr. L. Runde, Gött. 1821. §. 646—48.



Digitized by Google

liche sind auch bei den späteren Schriftstellern zurückgeblieben. Alle angeseheneren Germanisten nehmen nun zwar an, daß nach deutschem Recht in der Regel nur den Söhnen vor den Töchtern ein Vorzug zugekommen, und daß nicht der Weiberstamm von dem Mannsstamme überhaupt ausgeschlossen worden sei [4]). Dagegen unterscheidet man zwischen nothwendigen und freiwilligen Fräuleinverzichten, indem unter jenen bloße Scheinverzichte verstanden werden, da angewendet, wo den Töchtern ohnedieß kein Erbrecht gebühre (z. B. bei adelichen Stamm- und Lehengütern); unter letzteren wahre Erbverzichte (pacta renunciativa), um einem wirklich bestehenden Erbrecht zu entsagen [5]). Worauf dieser Unterschied beruhe, und wo die Grenze zwischen nothwendigen und freiwilligen Verzichten sei, darüber ist auch bei diesen neueren Rechtslehrern kein bestimmter Aufschluß zu finden. So sagt Eichhorn in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 349 (renunciative Erbverträge):

> Manches Eigenthümliche haben die Verzichtleistungen adelicher Töchter zum Vortheil ihrer Brüder, die seit dem 13. Jahrhundert gebraucht worden sind, um die Grundsätze des älteren deutschen Rechts über die Vorzüge des Mannsstammes gegen das römische Recht (?) in ihrer Anwendung zu sichern, und nach Entstehung der Familienfideicommisse auf den ganzen Mannsstamm ausgedehnt wurden.

Sodann wird von dem Vorbehalt des ledigen Anfalls gesprochen und hiebei vorausgesetzt, daß den Töchtern an den Gütern, worauf sie zum Besten ihrer Brüder verzichteten, kein Successionsrecht zugestanden, wenn diese nicht ohne Descendenz verstorben. Von dem Umfang der Verzichte ist nicht die Rede. Zwar kann hiebei die Darstellung des Erbrechts zur Ergänzung dienen; allein auch hier erfährt man (§. 333.) im Wesentlichen nur:

---

4) S. namentlich Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 65. 373. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 433. 434. 5. Auflage. Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen, Breslau 1837. S. 164 f. Beseler, Lehre von den Erbverträgen, Thl. II. Bd. 2. Göttingen 1840. S. 265 f.

5) Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 349. Mittermaier a. a. O. §. 457. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts §. 569.

Digitized by Google

Bei dem hohen Adel blieb der Vorzug der Söhne vor den Töchtern durch Standesobservanz und den allgemeinen Gebrauch der Erbverzichte vollständig gesichert, er wurde selbst durch die Familienfideicommisse und Hausgesetze häufig wieder ein Vorzug des ganzen Mannsstammes. Beim niederen Adel wurde zwar das römische Recht für die Intestaterbfolge im Allodio die Regel, die er nur allenthalben durch die Errichtung von Fideicommissen abändern konnte; doch wurde auch hier bald durch particuläre Gesetze, bald durch die Kraft, welche man dem Gebrauch der Erbverzichte hie und da beilegte, zuweilen ein Stammgut desselben anerkannt, in welches eine Erbfolge nach den Regeln des älteren Rechts stattfand.

Das Dasein von Stammgütern wird sodann §. 367 bei dem hohen Adel auf die Observanz der Töchter-Verzichte gegründet, bei dem niederen Adel auf Landesgesetze oder entschiedene Gewohnheit; der Gebrauch der Erbverzichte allein müsse auch hier wenigstens dann für einen Beweis der Stammguts-Eigenschaft gelten, wenn er als Landesgebrauch oder, wie bei der ehemaligen Reichsritterschaft, als Standesgebrauch betrachtet werden müsse.

Hiernach könnte es scheinen, als ob die Töchterverzichte nur die Stammgüter betreffen, während sie von jeher, fast ohne Ausnahme, auf die eigentliche Erbschaft gerichtet wurden. Daß die Töchter in den adelichen Lehen und Stammgütern gegen den gesammten Mannsstamm zurückstehen, kann auch ohne Erbverzicht jetzt als Regel betrachtet werden; allein die Hauptfrage bei den Erbverzichten, welche gewöhnlich nur zu Gunsten der Brüder gefertigt zu werden pflegen, ist die: wie verhält es sich mit der übrigen Erbschaft: kann in dieser Beziehung der Verzicht von den Töchtern gefordert, und können sie, wenn sie nicht verzichtet, gleichwohl als ausgeschlossen betrachtet werden, und zwar von der väterlichen, mütterlichen, brüderlichen Erbschaft u. s. w.?

Von Mittermaier, welcher übrigens in der 5ten Ausgabe seiner Grundsätze des deutschen Privatrechts 2te Abtheilung §. 457 bereits auf Beseler's nachher genannte Schrift Rücksicht genommen hat, wird die Entstehung der Erbverzichte aus verschiedenen Gründen hergeleitet, worunter nun nur noch als unum ex pluri-



Digitized by Google

was vom Vermögen des parens superstes (die den Kindern bisher zustehenden ideellen Antheile am Gesammtvermögen sind dadurch nur zu reellen geworden); möglicherweise hat, wollen wir vom väterlichen und mütterlichen Vermögen sprechen, wobei auf das von den Eltern Eingebrachte zu sehen ist, der parens superstes noch etwas vom Vermögen des parens defunctus behalten, wenn nämlich dessen Vermögen größer war, und die Kinder haben dem parens abgegeben, statt von ihm zu erhalten. Ihre Ansprüche auf den Pflichttheil können deßhalb nicht aufgehoben sein, nur dadurch sind sie vielleicht erloschen, daß nähere Intestaterben eingetreten sind, was der Fall sein kann entweder dadurch, daß in der zweiten Ehe Kinder geboren, oder neben den abgesonderten noch unabgesonderte zurückgeblieben sind. Sind solche Kinder aber nicht vorhanden, so treten die abgesonderten als Intestaterben ein, falls der parens superstes ohne Testament starb; hat er ein Testament gemacht, so muß er den Pflichttheil hinterlassen. In dem Wesen der Abschichtung liegt mithin nicht der Verlust des Pflichttheils, dieß könnte nur durch positive Gesetze vorgeschrieben sein, und solche glaubt man auch gefunden zu haben. Man beruft sich nemlich auf II, 2, 33 und 34, wo gesagt ist, daß solche abgesonderte und abgetheilte Kinder nichts mehr zu fordern haben. Die hier genannten abgesonderten und abgetheilten Kinder sind aber keine abgeschichtete, sondern in diesen beiden Artikeln ist von einem Erbvertrage, nicht von einer gesetzlichen Abschichtung die Rede. Das folgt aus dem Schluß des Artikels 33, welcher so lautet:

> würden aber der Kinder ihre Freunde oder Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder der Vater- oder Muttertheil ausdrücklich vorbehalten, das sind keine abgesonderten Kinder.

Wäre hier von der gesetzlichen Abschichtung die Rede, so würde den Kindern und Vormündern das Protestiren nichts helfen, denn dazu ist der Vater unter bestimmten Umständen berechtigt und verpflichtet, und erhalten die Kinder ihren gesetzlich bestimmten Antheil, so müssen sie sich damit begnügen. Es ist ein Fall gemeint, der gewiß nicht selten vorgekommen, und jetzt nach der Vormünderordnung für Holstein eine gesetzlich vorgeschriebene Form der Theilung ist. Weil es nemlich oft beschwerlich und fast unmöglich sein wird, den Bestand des Vermögens genau zu ermitteln, so wird den Kindern

Digitized by Google

nach ungefährer Schätzung eine bestimmte Summe zugesprochen, wobei natürlich die Einwilligung der Kinder oder ihrer Vormünder nothwendig ist. Dasselbe beweist der Artikel 34:

> — — — würde damit der Sohn oder Tochter nebst ihren Freunden und Vormündern zu der Zeit begnüget und friedlich sein, so ist solche Person, Sohn oder Tochter, abgesondert und abgetheilt, es sei wenig oder viel.

Eben so wenig können die Gegner sich auf II, 2, 16 berufen, in dem es am Schlusse heißt:

> denn diejenigen, welche von den Eltern abgeschieden, haben Nichts zu fordern.

Diese Schlußworte sind nemlich mit den vorhergehenden zu verbinden:

> — — — solches Alles sollen sie mit den Kindern zugleich theilen, doch mit diesen Kindern, welche nicht abgesondert seien.

Hier stehen also abgesonderte und nicht abgesonderte neben einander, weßhalb die abgesonderten, als entferntere Intestaterben, keinen Pflichttheil mehr fordern können.

Der ferner von den Gegnern angeführte Artikel II, 1, 8, spricht mehr gegen sie:

> Machet Jemand ein Testament nach Ordnung Lübschen Rechts, und hat zuvor eine Ehefrau gehabt, davon noch Kinder leben, nimmt er dann ein ander Weib, und zeuget mit derselben auch Kinder, was er alsdann seinen zuvor abgesonderten Kindern in seinem Testament darzu giebt, es sei wie viel oder wenig es wolle, daran müssen sie sich begnügen lassen.

Auch hier sind abgesonderte und nicht abgesonderte Kinder neben einander, weshalb erstere keinen Pflichttheil fordern können; da aber in diesem Artikel, in dem vom Pflichttheit des Lübschen Rechts die Rede ist, ausdrücklich hervorgehoben wird, daß abgesonderte Kinder, sind nicht abgesonderte aus zweiter Ehe vorhanden, keinen Anspruch auf einen Pflichttheil haben, so geht daraus hervor, daß sie im entgegengesetzten Fall sehr wohl darauf Anspruch machen können.

Außerdem findet man einen Grund darin, daß der parens superstes genöthigt ist, alles während der communio prorogata Erworbene einzuwerfen, die Kinder aber nicht, woraus folgen soll, daß

Digitized by Google

sie vom gesammten Vermögen des parens abgeschieden würden. Allein ist dieß der Fall, wie zwar die Praxis lehrt, aber nicht die Gesetze, so kann man darin nur eine Ausnahme und Begünstigung der Kinder finden; aus einem jus singulare darf man aber keine Folgerungen ziehen. Es entspricht nemlich dem Wesen einer communio durchaus, daß das von beiden Seiten Erworbene conferirt wird; haben die Gesetze es einem Theil erlassen, so ist das ein jus singulare. Auch sind die Eltern auf andere Weise wieder dafür begünstigt, indem der Mann und die Frau einen Voraus haben. Da es ferner eine Menge Beispiele giebt, in denen abgeschiedenen Kindern ihr Antheil am später Erworbenen vorbehalten wird, so folgt auch hieraus, daß sie noch Ansprüche am elterlichen Vermögen behalten.

Sehen wir also auf den Grund des Pflichttheils und das Wesen der Schichtung, die nur auf das gemeinschaftliche, nicht auf das väterliche Vermögen sich bezieht, bedenken wir, daß durch die Abschichtung die persönlichen Verhältnisse nicht geändert werden, so könnte der einzige Grund, abgeschichteten Kindern den Pflichttheil abzusprechen, in Gesetzesstellen liegen. Die angeführten beweisen das aber nicht, folglich wird mit Recht behauptet, daß auch abgeschichtete Kinder Pflichttheilsberechtigte sind, wiewohl die größere Anzahl der Schriftsteller sich dagegen ausgesprochen hat. Daß umgekehrt unter denselben Verhältnissen auch Eltern im Vermögen ihrer abgeschichteten Kinder ein Recht auf den Pflichttheil haben, läßt sich aus denselben Gründen nicht bezweifeln.

2. Bei der Abtheilung treten in Betreff des abgetheilten Vermögens, mag ein Ausspruch oder eine Theilung statt finden, dieselben Wirkungen ein, wie bei der Abschichtung. Das Kind erhält im Fall eines Ausspruchs ein Forderungs- und Pfandrecht, der Vater wird Alleineigenthümer und hat den Usufruct. Bei der reellen Theilung erhalten die Kinder das Eigenthum, mündige zugleich Verwaltung und Nießbrauch, bei unmündigen bleiben diese dem Vater oder Vormündern. — An dem dem parens bleibenden Vermögen haben die Kinder Intestaterbrechte, und hier unbestritten Anspruch auf den Pflichttheil, da sie gar nicht als abgesonderte gelten [12]).

12) Vgl. Falck, Sammlung Schl. Holst. Anzeigen. IV, 477.

Digitized by Google

B. Auf das Verhältniß der Geschwister zu einander hat die Abtheilung gar keinen Einfluß, die Abschichtung aber wie schon erwähnt, hinsichtlich des Erbrechts, da nicht abgesonderte die abgesonderten Geschwister erst beerben, wenn keine mitabgesonderte mehr vorhanden sind, und umgekehrt die abgesonderten durch die nicht abgesonderten ausgeschlossen werden. Sind sie aber die nächsten Intestaterben, so haben sie auch, unter den Voraussetzungen des gemeinen Rechts, Anspruch auf den Pflichttheil.

C. Die Wirkungen der Abschichtung und Abtheilung hinsichtlich dritter Personen beziehen sich nur auf Schuldner und Gläubiger. Für die ersten kommen die allgemeinen Grundsätze von der Cession zur Anwendung. Was die Gläubiger betrifft, so haftet ihnen während der Gütergemeinschaft das gesammte in der Gemeinschaft befindliche Vermögen; deßhalb ist vorgeschrieben, daß, bevor es zur Theilung kommt, die Schulden von demselben abgezogen werden sollen.

II, 2, 26: Die Schuld soll man bezahlen von dem gemeinen Gut.
— — 28: — — — ist da auch Schuld vorhanden, die soll man von dem gemeinen Gut zuvor bezahlen.

Von dem reinen Activvermögen bekommen dann die Kinder ihre Quoten. Geschieht aber die Bezahlung der Schulden nicht sogleich, und reicht nun nachher das dem parens superstes gebliebene Vermögen nicht zu, können dann die Gläubiger die abgeschichteten oder abgetheilten Kinder in Anspruch nehmen? Die Antwort ist verschieden, je nachdem man annimmt, daß die Kinder ihre Quote vermöge Erbrechts oder Vertrags erworben haben. Im ersten Fall haften sie, im zweiten nicht. Es läßt sich nun auf keinen Fall längnen, daß die Kinder nur vermöge Erbrechts an die Stelle ihres parens defuncti getreten sind, und damit seine Verbindlichkeiten, wie jeder Erbe, übernommen haben; die später mit dem parens superstes vorgenommene Abtheilung oder Abschichtung kann sie unmöglich von dieser Verbindlichkeit befreien, und den Gläubigern etwas von ihrem Rechte nehmen, sie haften so weit die erhaltene Quote reicht, falls sie ein Inventar errichtet; sonst noch weiter. Anders bei der vertragsmäßigen Absonderung, durch welche sie ihre Rechte am Gesammtvermögen aufgeben, die sie alle dem parens superstes übertragen, sie hören auf, Erben zu sein, oder sind es vielmehr nie geworden; durch den dabei statt-

Digitized by Google

gefundenen Verzicht sind alle Rechte und Pflichten dem par. sup. anheimgefallen, der jetzt allein den Gläubigern haftet. Das, was die Kinder bei diesem Vertrag als Gegenleistung von dem parens erhalten, kann von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden, so fern derselbe überhaupt freie Dispositionsbefugniß hatte und nicht in fraudem creditorum handelte. Darauf bezieht sich auch II, 2, 31 wo dem Kindergeld ein Pfandrecht, und zwar, ist es ordentlicher Weis vor dem Rath geschehen, ein Vorzug vor dem Brautschatz gegeben wird, wodurch die Kinder also, als Gläubiger des Gesammtvermögens, mit Vorzugsrechten vor fast allen andern Gläubigern dargestellt sind. So sind auch die Fälle in den Schl.=Holst. Anzeigen, alte Folge, IV, 391, zu erklären, wo die Kinder nur für schuldig zu zahlen gehalten werden, wenn die Abtheilung, als in fraudem creditorum geschehen, bewiesen wird. Denn hier hatte auch eine vertragsmäßige Absonderung statt gefunden. Ebenfalls gehört hierher das Gutachten der Kieler Juristenfacultät in Brinkmann, Rechtskunde I, S. 29, wo die Kinder für schuldig erklärt werden zu zahlen, wenn der Gläubiger beweist: daß der Gemeinschuldner, als er den in Frage befangenen Ausspruch wegen des Eingebrachten seiner ersten Ehefrau zum Besten der implor. Pupillen gethan, nicht mehr so viel im Vermögen gehabt, um seine Gläubiger zu befriedigen, und zugleich die ausgesprochene Summe seinen Kindern erster Ehe gewähren zu können. Ferner stimmt hiermit überein der in Heise und Cropp, Abhandlungen II, 277 entschiedene Fall, bei dem nur, um den gemachten Unterschied zu erklären, zu berücksichtigen ist, daß dort particulaire Gütergemeinschaft gilt.

Hiermit glaube ich die Lehre von der Abschichtung und Abtheilung hinreichend erörtert zu haben. Daß durch Vertrag und Testament bedeutende Veränderungen eintreten können, versteht sich von selbst; doch gehören die dadurch bewirkten Modificationen, welche übrigens auch nach den Grundsätzen über Verträge und Testamente zu beurtheilen sind, nicht in den Bereich dieser Abhandlung, die nur die Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen über die Auflösung der communio prorogata zu ihrem Zwecke hatte.

---

Digitized by Google

# VI.

## Das Erbrecht der adelichen Töchter und deren Verzichte.

Von Reyscher.

### §. 1. Standpunct der Untersuchung. Ansichten der Neueren.

Der Ansicht mancher Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts (Gundling, Senkenberg), daß den Weibern ein Erbrecht nach älterem deutschem Rechte, wenigstens im Grundbesitz gar nicht zugekommen sei, und der Erbverzicht derselben blos als Kautel gedient habe, um gegen das eindringende römische Recht das ausschließliche Erbrecht des Mannsstamms aufrecht zu erhalten, ist zwar schon von J. J. Reinhard[1]) widersprochen worden. Indessen dauerte es lange, bis dieser Widerspruch Geltung erhielt. Noch J. St. Pütter[2]) und J. F. Runde[3]) waren im Wesentlichen jener Meinung und, wie es bei angenommenen Meinungen geht, Spuren der früheren Ansicht von der allgemeinen Zurücksetzung der weiblichen Nachfolge gegen die männ-

1) Abhandlung von dem Erbfolgsrecht derer Töchtern vor denen Stammsvettern in deutschen Reichs-Allodien, Giessen 1746.

2) Auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 824. nr. 33. Hier wird die Meinung ausgesprochen: die Verzichte der adelichen Töchter unterscheiden sich dadurch von anderen Renunciationen, weil hier auf ein Recht verzichtet werde, was sie nicht haben würden, wenn sie auch nicht verzichtet hätten. Doch sagt er auf S. 158. nr. 19 f., daß der Verzicht des Mannsstamms sich immer nur auf Lehen und altväterliche Stammgüter (?) erstreckt habe.

3) J. F. Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts, 6te Aufl., herausg. von Chr. L. Runde, Gött. 1821. §. 646—48.

liche sind auch bei den späteren Schriftstellern zurückgeblieben. Alle angeseheneren Germanisten nehmen nun zwar an, daß nach deutschem Recht in der Regel nur den Söhnen vor den Töchtern ein Vorzug zugekommen, und daß nicht der Weiberstamm von dem Mannsstamme überhaupt ausgeschlossen worden sei [4]). Dagegen unterscheidet man zwischen nothwendigen und freiwilligen Fräuleinverzichten, indem unter jenen bloße Scheinverzichte verstanden werden, da angewendet, wo den Töchtern ohnedieß kein Erbrecht gebühre (z. B. bei adelichen Stamm- und Lehengütern); unter letzteren wahre Erbverzichte (pacta renunciativa), um einem wirklich bestehenden Erbrecht zu entsagen [5]). Worauf dieser Unterschied beruhe, und wo die Grenze zwischen nothwendigen und freiwilligen Verzichten sei, darüber ist auch bei diesen neueren Rechtslehrern kein bestimmter Aufschluß zu finden. So sagt Eichhorn in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 349 (renunciative Erbverträge):

> Manches Eigenthümliche haben die Verzichtleistungen adelicher Töchter zum Vortheil ihrer Brüder, die seit dem 13. Jahrhundert gebraucht worden sind, um die Grundsätze des älteren deutschen Rechts über die Vorzüge des Mannsstammes gegen das römische Recht (?) in ihrer Anwendung zu sichern, und nach Entstehung der Familienfideicommisse auf den ganzen Mannsstamm ausgedehnt wurden.

Sodann wird von dem Vorbehalt des ledigen Anfalls gesprochen und hiebei vorausgesetzt, daß den Töchtern an den Gütern, worauf sie zum Besten ihrer Brüder verzichteten, kein Successionsrecht zugestanden, wenn diese nicht ohne Descendenz verstorben. Von dem Umfang der Verzichte ist nicht die Rede. Zwar kann hiebei die Darstellung des Erbrechts zur Ergänzung dienen; allein auch hier erfährt man (§. 333.) im Wesentlichen nur:

---

4) S. namentlich Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 65. 373. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 433. 434. 5. Auflage. Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen, Breslau 1837. S. 164 f. Beseler, Lehre von den Erbverträgen, Thl. II. Bd. 2. Göttingen 1840. S. 265 f.

5) Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 349. Mittermaier a. a. O. §. 457. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts §. 569.

Digitized by Google

Bei dem hohen Adel blieb der Vorzug der Söhne vor den Töchtern durch Standesobservanz und den allgemeinen Gebrauch der Erbverzichte vollständig gesichert, er wurde selbst durch die Familienfideicommisse und Hausgesetze häufig wieder ein Vorzug des ganzen Mannsstammes. Beim niederen Adel wurde zwar das römische Recht für die Intestaterbfolge im Allodio die Regel, die er nur allenthalben durch die Errichtung von Fideicommissen abändern konnte; doch wurde auch hier bald durch particuläre Gesetze, bald durch die Kraft, welche man dem Gebrauch der Erbverzichte hie und da beilegte, zuweilen ein Stammgut desselben anerkannt, in welches eine Erbfolge nach den Regeln des älteren Rechts stattfand.

Das Dasein von Stammgütern wird sodann §. 367 bei dem hohen Adel auf die Observanz der Töchter-Verzichte gegründet, bei dem niederen Adel auf Landesgesetze oder entschiedene Gewohnheit; der Gebrauch der Erbverzichte allein müsse auch hier wenigstens dann für einen Beweis der Stammguts-Eigenschaft gelten, wenn er als Landesgebrauch oder, wie bei der ehemaligen Reichsritterschaft, als Standesgebrauch betrachtet werden müsse.

Hiernach könnte es scheinen, als ob die Töchterverzichte nur die Stammgüter betreffen, während sie von jeher, fast ohne Ausnahme, auf die eigentliche Erbschaft gerichtet wurden. Daß die Töchter in den adelichen Lehen und Stammgütern gegen den gesammten Mannsstamm zurückstehen, kann auch ohne Erbverzicht jetzt als Regel betrachtet werden; allein die Hauptfrage bei den Erbverzichten, welche gewöhnlich nur zu Gunsten der Brüder gefertigt zu werden pflegen, ist die: wie verhält es sich mit der übrigen Erbschaft: kann in dieser Beziehung der Verzicht von den Töchtern gefordert, und können sie, wenn sie nicht verzichtet, gleichwohl als ausgeschlossen betrachtet werden, und zwar von der väterlichen, mütterlichen, brüderlichen Erbschaft u. s. w.?

Von Mittermaier, welcher übrigens in der 5ten Ausgabe seiner Grundsätze des deutschen Privatrechts 2te Abtheilung §. 457 bereits auf Beseler's nachher genannte Schrift Rücksicht genommen hat, wird die Entstehung der Erbverzichte aus verschiedenen Gründen hergeleitet, worunter nun nur noch als unum ex pluri-



Digitized by Google

dus auch der Einfluß des römischen Rechts geltend gemacht ist. Weiter sagt er:

> Da das Erbrecht der Weiber sich in Deutschland höchst verschieden ausgebildet hat, und in manchen Familien das der Weiber gar nie (?), in anderen dagegen ebenso, wie das der Männer (?) vorkam, so mußte auch der Verzicht der Weiber verschieden vorkommen. Wo den Weibern ohnehin kein Erbrecht zustand, hatte der Verzicht keine Bedeutung.

Nach dieser Darstellung würde die Verschiedenheit der Erbverzichte darin ihren Grund haben, weil in einzelnen Familien das weibliche Erbrecht anerkannt worden, in andern nicht, während dieselben auch bei einer und derselben Familie verschieden vorkommen.

> Je häufiger, meint M., durch die Verbreitung des römischen Rechts die weiblichen Erbverzichte wurden, desto mehr drang der Adel auf die Ausstellung von Erbverzichten; die Weiber aber fügten verschiedene Vorbehalte des Erbrechts hinzu, um ihr Erbrecht zu sichern u. s. w.

Zuletzt kommt wieder der Unterschied zwischen freiwilligen und nothwendigen Verzichten, aber, ohne zu sagen, wie weit der letztere gehe, blos mit Rücksicht auf die Bedeutung des beigefügten Vorbehalts auf ledigen Anfall. Ein besonderer §. handelt mit Rücksicht auf diesen Vorbehalt von den Ansprüchen der Erbtochter und der Regredienterbin, d. h. der zuerst verzichtenden Tochter oder ihrer Nachkommen, eine Untersuchung, welche gleichfalls voraussetzt, wie weit der nothwendige Verzicht gehe, indem, wie jetzt allgemein anerkannt ist, nur für das Uebrige der Vorbehalt von Wirkung sein kann.

Maurenbrecher, gemeines deutsches Recht §. 569 meint, daß die Erbverzichte der adelichen Töchter von den gewöhnlichen Erbverzichten nur insofern abweichen, als man dieselben in nothwendige und freiwillige eintheilen müsse, daß diese Unterscheidung daher rühre, weil diese Erbverzichte sehr häufig blos zum Scheine da in Anwendung gebracht worden, wo den Töchtern gar kein Erbrecht zugestanden. Der Unterschied beider Gattungen wird theils in der Form, sofern die Scheinverzichte auch stillschweigend oder ohne alle Sollennitäten angenommen werden (wo ist alsdann der Schein?), theils darin gefunden, daß bei den nothwendigen Verzichten oder Scheinverzichten der Vorbehalt der Erbfolge auf den ledigen Anfall ohne Wirkung sei, bei den freiwilligen dagegen einen

Digitized by Google

wirklichen Anfall der Erbfolge bewirke, sobald der Mannsstamm (der ganze?) ausgestorben sei. Daß eine so lang anhaltende und so verbreitete Einrichtung, wie die der Erbverzichte, den Schein zum Zweck haben könne, klingt schon an und für sich sehr unwahrscheinlich; man darf aber auch nur wenige Verzichte lesen, um zu sehen, daß dieselben und mit Recht sehr ernstlich genommen wurden und keineswegs simulirte Geschäfte waren. Damit kommen wir nun aber auf die Frage: ob und in wie weit die Töchter dennoch zu verzichten verbunden waren? Hierüber sagt aber Maurenbrecher blos: welcher von beiden Verzichten im einzelnen Fall geschlossen worden, kann nur aus der Natur des Guts und der in dasselbe stattfindenden Erbfolge gefolgert werden. Ganz richtig; aber wo erfährt man nun, wie weit die Erbfolge der Töchter begründet ist. Was M. §. 593 von der Successionsfähigkeit der Weiber sagt: daß die Zurücksetzung derselben hinsichtlich der Erbfolge auch bei den Stammgütern des Adels nach gemeinem Recht nicht angenommen werden könne (obgleich unmittelbar zuvor der Unterschied jener Stammgüter von denen des dritten Standes gerade in dieser Zurücksetzung gefunden wird), würde den ganzen Gegensatz zwischen nothwendigen und freiwilligen Verzichten wieder aufheben, wenn nicht dabei stünde, daß Landes- oder Standes-Gebrauch bei dem hohen Adel und bei der Reichsritterschaft die Zurücksetzung entschieden aussprechen. Wie weit geht nun aber die Zurücksetzung auch bei diesen? Und kann dieselbe schon aus der Verzichtgewohnheit auch hinsichtlich der eigentlichen Erbschaft, d. h. abgesehen von der besonderen Stammgutsfolge, worauf ein Verzicht in der Regel weder nothwendig noch üblich ist, geschlossen werden?

Mit dem Verzichte, bemerkt M. noch §. 569, ist eine Aussteuer und Ausstattung der Töchter der Regel nach verbunden, und in einer Note (Note c) setzt er hinzu:

> Man kann daraus, daß die Aussteuer gesetzlich bestimmt ist, nicht auf einen nothwendigen Verzicht schließen; dagegen läßt sich wohl (und hierbei beruft er sich auf Dalwigks Eranien Heft I. S. 93, wo aber etwas Anderes behauptet wird, wovon nachher), aus einer Aussteuer auf einen stattgefundenen Verzicht schließen (?).

Bei Phillip's Grundsätze des deutsch. Privatr. 2. Aufl. Bd. II. S. 167 ist auch der Unterschied zwischen nothwendigen und freiwil-

ligen Verzichten nicht zu finden, vielmehr scheint er sich den Verzicht nur als einen nothwendigen zu denken; denn er sagt darüber im Wesentlichen nicht mehr, als: daß der Adel die dem deutschen Rechte nicht entsprechende römische (?) Succession sich hinsichtlich der eigentlichen Stammgüter (blos?) meistens nicht habe gefallen lassen und dagegen sich gewöhnlich auf die Weise gesichert habe, daß die Töchter genöthigt worden (?), einen renunciativen Erbvertrag einzugehen. Von dem Erbrecht der Weiber wird ebenso kurz und obenhin gesprochen (S. 127).

Nicht blos in unsern Lehr- und Handbüchern des deutschen Privatrechts wird die Lehre von dem Töchterverzicht auf diese lückenhafte und selbst prinziplose Weise dargestellt; auch in Schriften, welche einzelne Theile des Privatrechts ausheben und ganz besonderen Beruf gehabt hätten, sich mit jener Lehre gründlich zu befassen, wird darüber leicht hinweggegangen. So sagt Freiherr v. Dalwigk a. a. O. in einem Aufsatze über die Regredienterbschaft ohne eigentliche Prüfung:

> ich sehe die Töchter, die keinen Verzicht leisteten, für stillschweigend verziehene an, es ist dieß eine unwidersprechliche Observanz in Familien des hohen und niederen Adels, die Töchter mögen verheirathet oder unverheirathet sein.

Dieß heißt mit andern Worten: ob die Töchter verzichtet haben oder nicht, darauf kommt es nicht an; sie werden jedenfalls durch den Mannsstamm ausgeschlossen. Doch beschränkt D. das Gesagte zuletzt auf das Väterliche.

In Kohler's Handbuch des deutschen Privatfürstenrecht (Sulzbach 1832) wird dagegen als entschieden angenommen, daß die Töchter, so lange Mannsstamm vorhanden, ein Recht weder auf das Stammgut haben (§. 75. 111.), noch selbst auf „dasjenige mobiliare und immobiliare Vermögen, welches von je einem männlichen Erblasser ihrer agnatischen Familie ohne Disposition hinterlassen wird, wenn (weil?) dieses eben dadurch von selbst dem Stammgut anwächst" (§. 88). Was heißt dieses wenn? Steht es für „weil", also unbedingt, so würden freilich die Verzichte bloße pacta caventia sein, während Kohler selbst zugibt, daß der Inhalt des Verzichts nicht überall gleich, und solcher bald nur auf die Güter des Vaters, des Bruders gestellt, bald auf alles Erbe der Familie,

Digitized by Google

selbst auf das mütterliche, schwesterliche ausgedehnt, bald auch die letzteren besonders ausgenommen worden (S. 247. 253).

In den Schriften von dem Stammgutsrechte des Adels wäre doch gewiß Veranlassung gewesen, den Erbverzichten genauer auf den Grund zu sehen. Allein bei J. P. v. Hornthal vom deutschen Stammgut, Gött. 1818, §. 16, finden wir nichts, als die alte Lehre, daß die Erbverzichte der Töchter aus einer Abwehr römischen Rechts (das seiner Ansicht nach schon im 11. Jahrhundert stärker aufgekommen!) hervorgegangen seien. Der Begriff jener Erbverzichte aber wird (§. 17.) dahin bestimmt: sie seien wesentliche Theile der Familien- und (!) Hausverträge adelicher Geschlechter, kraft welcher die Töchter gegen Empfang einer durch diese Verträge bestimmten Abfindungssumme jedem Rechte an dem Vermögen ihrer Familien (?) für die Dauer deren Mannsstamms (?) feierlich (?) entsagen. Auch C. v. Salza und Lichtenau, die Lehre von Familien- Stamm- und Geschlechtsfideicommissen, Leipzig 1838, §. 5 nimmt, wie alle Aelteren, jenen Ursprung an; im Uebrigen ist aber von den weiblichen Erbverzichten nur insofern die Rede, als er der Ansicht, daß die Errichtung eines Fideicommisses schon aus dem Vorkommen jener Verzichte zu schließen sei, widerspricht. (§. 16.)

Bei diesem Stande der Sache hat Beseler ein wahres Bedürfniß befriedigt, als er in seinem tüchtigen Werke über Erbverträge auch der Lehre von den adelichen Erbverzichten seine Aufmerksamkeit schenkte. Derselbe ist nun allerdings der richtigen Ansicht näher gekommen dadurch, daß er den Einfluß des römischen Rechts weniger hoch anschlug, als dieß von anderen Rechtslehrern bis auf die neuesten herab geschehen ist [6]). Allein entschieden tritt auch bei ihm weder das ältere noch das neuere Recht hervor; namentlich hat er über den Umfang der adelichen Erbverzichte (S. 282), worauf die Eintheilung in nothwendige und freiwillige beruht, nur kurz und unbestimmt sich geäußert; unbestimmt in der Rücksicht, weil blos gesagt ist: die Auslegung dieser Geschäfte sei nach dem besonderen Fall zu beschaffen; nur könne im Allgemeinen angenommen werden,

---

6) Eine Ausnahme macht hier Dieck in einer Anzeige des oben angeführten Buchs von Salza und Lichtenau in Richter's und Schneider's kritischen Jahrbüchern, 1840, Bd. I. S. 320, wo bereits die frühere Ansicht als unrichtig bezeichnet ist.

Digitized by Google

daß Zuwendungen von Todes wegen nicht zum Gegenstande des Verzichts gerechnet zu werden pflegen. Ein Anhaltspunct für die Unterscheidung zwischen freiwilligen und nothwendigen Verzichten ist hiermit so wenig gegeben, als mit der Bemerkung, daß man jetzt, wie v. Neurath bezeugt (in der Schrift über Regredienterbschaft, Gießen 1807, S. 147. 148), in den wenigsten Häusern selbst auf die mütterliche Erbschaft einen Verzicht verlange. Also doch auf die väterliche Erbschaft! Kann aber dieser Verzicht als ein nothwendiger, als ein Scheinverzicht im Zweifel angenommen werden? Nach der Art, wie Beseler über das weibliche Erbrecht bei dem reichsständischen Adel und der vormaligen Reichsritterschaft sich ausspricht (S. 276), wird die Frage, in Absicht auf diese Stände, bei welchen sich der Erbverzicht der ausgesteuerten Töchter zur Observanz ausgebildet haben soll, in seinem Sinne bejaht werden müssen. Allein die Zeugnisse, worauf er sich beruft, sprechen sie entschieden dafür, daß die Töchter, auch wenn sie nicht verzichtet, ausgeschlossen seien, und wenn dieß, müßte nicht folgeweise auch der Verzicht auf die mütterliche und brüderliche Erbschaft als stillschweigend vorausgesetzt werden?

Bei dieser Unentschiedenheit der Lehrmeinungen ist es nicht zu verwundern, wenn die Rechtsübung eine gleichmäßig unentschiedene ist, und wenn z. B., was die württembergische Praxis anbelangt, in einer Entscheidung des königl. Gerichtshofs für den Donaukreis vom 13. Jan. 1832 [7]), unter Beziehung auf Pütter davon ausgegangen wird, daß bei dem Adel in Deutschland sich die Ausschließung der Töchter durch die Söhne, ja sogar des weiblichen Geschlechts überhaupt gegenüber vom Mannsstamm, bei dem eigentlichen Stammgut stets unverrückt erhalten habe, somit die Verzichte der Töchter an sich (wie schon bemerkt, gehen diese in der Regel weiter als auf das Stammgut) als eine bloße Cautel erscheinen; wenn ferner in einem neueren Erkenntnisse des Gerichtshofs für den Neckarkreis vom 10. Juni 1841, mit Berufung auf eben diesen Vorgang und das reichsritterschaftliche Statut von 1653, sogar der Ausschluß einer

7) Bei Bolley, Entwürfe von Gesetzen für das Königreich Württemberg. Stuttgart 1835. S. 135 — 141. Auch Bolley a. a. O. S. 144 spricht übrigens von dem unfreiwilligen Verzicht blos mit Rücksicht auf Stammgüter.

Digitized by Google

nicht verzichteten Tochter von der gesammten Erbschaft des Oheims als in dem Rechte begründet angenommen und darauf hin die Klägerin abgewiesen wurde.

Der letztere Fall, welcher jetzt in zweiter Gerichtsstufe bei dem königl. Obertribunal anhängig gemacht ist, gab mir Veranlassung zu gegenwärtiger Untersuchung, indem ich von Seite der Klägerin um ein Privatgutachten über die erstrichterliche Entscheidung ersucht worden bin, welche freilich nicht blos auf das gemeine Recht, sondern auch noch auf besonderes Familienherkommen gestützt, aber auch in dieser Beziehung meines Erachtens in keiner Weise begründet ist (§. 5).

Diese Untersuchung hat, um zu einem sicheren Ergebnisse zu führen, nothwendig davon auszugehen, welches Erbrecht den adelichen Töchtern gemeinrechtlich zukommt, denn erst hiernach wird sich die Bedeutung der Erbverzichte würdigen lassen.

## §. 2. Gemeines Erbrecht der Töchter im Mittelalter. Ausbildung eines besonderen Adelsrechts.

Man hat schon gesagt: in gleichem Verhältniß wie in der Gesetzgebung die Frauen (Ehefrauen) werden auch die Kinder behandelt. Diese Behauptung ist nicht einmal in Hinsicht auf die Töchter durchgängig wahr. Nach römischem Recht genießt in der Regel die Ehefrau kein Erbrecht; dagegen ist die Tochter dem Sohne gleichgestellt. Auch im deutschen Recht war ein Erbrecht der Töchter lange schon anerkannt, bevor der Frau ein solches am Vermögen des Mannes eingeräumt ward. Andererseits schloß die überlebende Wittwe da, wo die strengere Gütergemeinschaft sich entwickelte, Töchter und Söhne von dem väterlichen Nachlasse aus. Indessen war die Zurücksetzung der Weiber theils von Anfang an nicht überall gleich [8]), theils ward dieselbe in Folge der veränderten Sitten und äußeren Verhältnisse allmälig gemildert. Doch trugen der kriegerische Charakter des deutschen Volks und die öffentlichen Zustände des Mittelalters lange dazu bei, eine Gleichstellung der Söhne und Töchter, wovon jene allein zur Wehre und daher auch zur rechtlichen Vertheidigung im Gericht und außer dem Gericht befähigt waren, zu verhindern, und noch jetzt hat sich als Ueberrest der früheren

---

8) Strenger war hierin das nordische als das südliche Recht, siehe J. Grimm Rechtsalterthümer S. 407. 443.

Digitized by Google

öffentlichen Stellung des vorzugsweise kriegerisch beschäftigten Adels und des Zusammenhangs jener Stellung mit dem Grundbesitze eine Anzahl von Vorrechten des Mannsstamms bei jenem Stande erhalten, welche nur aus früheren Zuständen zu erklären sind.

Zwei Systeme standen sich zur Zeit der Volksrechte gegenüber. Auf der einen Seite war das salische Gesetz mit den ihm verwandten Rechten der Uferfranken und der Thüringer. Schon die gleichmäßige Aufschrift der Abschnitte dieser Gesetze, worin von dem Erbrechte die Rede ist (de alodibus, de alodis, de alode), weist auf eine Uebereinstimmung gerade in Beziehung auf diese Lehre hin, welche in der That auch vorhanden ist. Nach dem thüringischen Rechte [9]), dessen Verwandtschaft mit den beiden andern unlängst von Gaupp [10]) nachgewiesen worden, standen die Töchter nicht bloß gegen die Söhne, sondern auch gegen entferntere Mannsverwandte, soweit die Verwandtschaft rechtlich in Betracht kam [11]), zurück. Jedoch erstreckte sich dieser Vorzug nicht auf die *gesammte* Erbschaft, sondern nur auf das Grundeigenthum (terra salica); in Hinsicht auf die fahrende Habe, mit Ausnahme des Heergeräthes (vestis bellica i. e. lorica), welches ausschließlich dem Landerben und des Frauengeräthes (ornamenta muliebria, quod Rhedo dicunt), welches jedenfalls den nächsten weiblichen Verwandten zufiel, gieng der Tochter nur der Sohn vor; war aber kein Sohn da, so mußte zwar jene wieder das Landeigenthum dem Nächsten vom Mannsstamme ablassen, nicht aber die pecunia und die mancipia [12]). Nach ausdrücklicher Bestimmung des thüringischen Ge-

9) L. Angliorum et Werinorum hoc est *Thuringorum* tit. 6 dc alodibus.

10) Das alte Gesetz der Thüringer. Breslau 1834. S. 241 f.

11) L. *Thuringorum* VI, 5: usque ad *quintam* Generationem. L. *Ripuar.* LVI, 3: usque ad *quintum* geniculum. Pactus L. *Salicae* XLVII, 3: usque ad *sextum* geniculum. S. Gaupp a. a. O. S. 343.

12) Unter pecunia ist fahrende Habe überhaupt verstanden, namentlich Vieh, Früchte, s. du Fresne und andere Glossarien, Grimm Rechtsalterth. S. 565; allein Manches, was jetzt zur fahrenden Habe gerechnet wird, wurde damals wohl als Zugehörde des Guts angenommen, so z. B. die Einrichtung des Hauses, das Feldgeräthe. Auch die vestis bellica und die ornamenta muliebria (rhedo, Gerade) hatten verschiedene Beistücke.

Digitized by Google

setzes (tit. 6. §. 6.) wurde die mütterliche Erbschaft auf gleiche Weise behandelt, wie die väterliche; war kein Sohn vorhanden, so kam also zwar wieder die erbbare Fahrniß an die Tochter (wenn diese nicht vorhanden, an die Schwester); das echte Eigen (terra) aber an den nächsten Verwandten des Verstorbenen von väterlicher Seite (proximo vero paterni generis terram relinquat). Dieses strenge Recht ist zwar nur im thüringenschen Gesetze ausführlich enthalten; allein der Hauptgrundsatz:

> de terra salica nulla portio haereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum *tota terrae* haereditatis (Ed. Schilteri tit. 92. §. 3. i. f. *tota terra propria*) perveniat.

steht auch im salischen Gesetze (Tractatus legis Salicae tit. 62. de allodis §. 6), welches dadurch bis auf die neuere Zeit berühmt geblieben ist. Zur Theilnahme an der übrigen Erbschaft (haereditas) waren auch die weiblichen Verwandten berufen; jedoch giengen die Verwandten von der Schwertseite (ex paterno genere) denen von der Spillseite um ein Glied vor, also die Vatersschwestern den Mutterschwestern (Das. §. 1—5.). Zweifelhafter ist das Gesetz der Uferfranken, (L. Ripuariorum tit. LVI. de alodibus) worin es heißt:

> cum virilis sexus extiterit, femina in *hereditatem aviaticam* non succedat.

Unter hereditas kann in diesem Zusammenhange nur das Erbgut oder Landerbe verstanden sein: denn von der Fahrhabe sind die Töchter nirgends durch entferntere Verwandte ausgeschlossen. Das Beiwort „aviatica" dagegen kann sowohl dahin beschränkend gedeutet werden, daß nur der vom Vater herstammende Grundbesitz (nicht auch das mütterliche Erbe) oder gar bloß das altväterliche Gut (nicht auch das vom Vater erworbene Gut) der Mannsfolge vorbehalten wird. Allein gegen die erstere Deutung spricht, daß in keinem der einheimischen Volksrechte, namentlich nicht in dem andern fränkischen Gesetze, das mütterliche Erbgut ausgenommen ist, gegen die letztere, daß der Begriff des Stammguts in dem Sinne, wie er jezt genommen wird, überhaupt jener älteren Zeit fremd geblieben ist [13]. Hierzu kommt, daß eben weil

13) Dem fränkischen Recht, welches den Mannsstamm am meisten begünstigte, ganz gewiß. L. Rip. tit. 48. L. Angl. et Wer. tit. 13.

Digitized by Google

die Frauen von der Nachfolge im Gute ausgeschlossen waren, auch weniger Veranlassung vorhanden war, die Succession in ihrem Grundbesitze (hereditas materna) besonders hervorzuheben. Es ist also wohl nicht unrichtig, anzunehmen, daß unter hereditas aviatica in der angeführten Stelle überhaupt das von den Eltern (parentes) beziehungsweise Großeltern (avus et avia) hinterlassene Landerbe begriffen sei, indem die Töchter von dem einen, wie von dem andern sowohl durch ihre Brüder als durch die Stammvettern ausgeschlossen waren.

Dem fränkischen Recht entgegen steht zunächst das sächsische. Nach der Lex Saxonum tit. 7 §. 1. 5. 8. war der Vorzug des Mannsstamms auch hinsichtlich des Grundbesitzes (terra) auf die Söhne beschränkt. Dagegen giengen die Töchter entfernteren Verwandten vom Mannsstamme vor (ad eas omnis hereditas pertineat), ausgenommen dem Sohn aus dem Sohne, welcher schon damals nach Sachsenrecht die Stelle seines verstorbenen Vaters annahm, während das Repräsentationsrecht der Tochterkinder und der Geschwisterkinder erst im 15. und 16. Jahrhundert von den Reichsgesetzen durchgesetzt wurde. Im übrigen stimmt es ganz mit dem fränkischen Rechte überein, wenn der Sohn nicht blos im Landerbe, sondern hinsichtlich der Erbschaft überhaupt (omnis hereditas), und zwar sowohl der väterlichen als mütterlichen, der Tochter vorgesezt wurde. Auch das Alemannische Recht (lex Alam. tit. 57. 92.) welches namentlich in dem heutigen Württemberg bis in die Gegend von Calw, Leonberg, Marbach, Murhard, Welzheim, Ellwangen galt (in den untern Gegenden, namentlich am untern Neckar und von da bis zum Main bei Würzburg galt fränkisches d. h. ripuarisches Recht [14]), läßt in Ermanglung eines männlichen Leibeserben die Tochter in die väterliche Erbschaft (terra patris, hereditas paterna) eintreten, von welcher sie wieder auf deren Sohn, und sofort auf den Vater des lezten (obgleich Dritten in Hinsicht auf die mütterliche Familie) übergeht, wenn jener als einziges Kind der Mutter nachgefolgt ist. Von der mütterlichen Erbschaft ist nichts

---

Vergl. Eichhorn Staats- und Rechtsgesch. §. 57. Beseler Erbverträge I. S. 48 f. II. S. 6. Anderer Ansicht Pauli, Recht der Erbgüter nach älterem lübischem Recht S. 11 f.

14) Ueber die Gränzen Alemanniens s. Stälin württemb. Geschichte Thl. 1. S. 222.

Digitized by Google

gesagt; jedoch ist kaum zu zweifeln, daß nach dem alemannischen Recht, wie nach dem sächsischen, der Vorzug der Söhne auch hiefür gegolten habe [15]). Dagegen folgten in das bewegliche Vermögen, wie es scheint, die Töchter mit den Söhnen [16]). Die bairische lex enthält nichts ausdrücklich über die Stellung der Söhne zu den Töchtern; doch scheint es, daß hier die Wittwe zunächst blos mit den Söhnen theilt, dann mit den Töchtern und wann auch diese nicht vorhanden, mit den Seitenverwandten, aber nicht wie Wittmann (bayerische Landes- und Rechtsgeschichte I. 1. §. 91.) annimmt, die ganze Erbschaft, sondern blos die fahrende Habe (pecunia). Die Wittwe erhielt auch ihren Antheil nur auf Lebenszeit oder bis sie den Wittwenstand veränderte. (Lex Bajuv. tit. XIV. cap. 6. 7. und 9.) Es scheint also in Baiern das alemannische System gegolten zu haben, mit Ausnahme des Erbrechts der Wittwe, was aber kein eigentliches Erbrecht war, sondern nur die Stelle des sächsischen Wittums vertrat. Auch in dem frisischen Gesetze (XIX. 2) scheint die Tochter nur den Söhnen nachgesezt zu sein; denn sie wird, was die Wehrgeldsforderung betrifft, neben dem Sohn und vor Vater und Mutter genannt. Diß bestätigen auch die friesischen

---

15) Im Freiburger Stadtrecht v. 1120 bei Schreiber Urkunden-Buch der Stadt Freiburg i. Br. I. S. 11. steht: *filii* cujuslibet matris bona ipsius hereditate possidebunt. Dümge Regesta Badensia p. 125 hat dagegen die Stelle so: *liberi* bona cujuslibet matris possidebunt. Den lezteren Abdruck (beiden Ausgaben liegt dieselbe Handschrift zu Grund) halte ich für richtiger (auch Schreiber übersezt „Kinder"), jedoch unbeschadet der Ansicht, daß die pueri, von welchen gleich nachher die Rede, den filiae vorgiengen. Vgl. lex Bajuvar. XIV. 8 §. 1. Berner Handfeste Art. 48, bei Schreiber a. a. O. S. 39.

16) Lex Alam. tit. LVII. Res autem alias aequaliter dividant. Diese Stelle, wiewohl sie nicht unmittelbar passt, ist insofern hier beweisend, als man daraus sieht, daß die Fahrniß nicht nothwendig der Liegenschaft folgte. Vergl. Bluntschli zürchische Staats- und Rechtsgeschichte I. S. 114 Note 247. Daher fehlt auch, wie später noch in Schwaben das Institut der Töchter-Gerade. Schwäb. Land-Recht cap. 5. Die §. 1 u. 2 Cap. 258 bei Senkenberg fehlen in andern Handschriften und sind aus dem Sachsenspiegel herübergekommen.

Digitized by Google

allgemeinen Landrechte aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts[17]). Ist es erlaubt, spätere friesische Quellen[18]) zu Hülfe zu nehmen, so möchte jene Zusammenstellung von Sohn und Tochter, Vater und Mutter, Bruder und Schwester sogar auf eine gleichzeitige nur ungleiche Theilnahme am Wehrgeld und also auch am Erbrecht schon im Volksrechte hinweisen.

Noch in den Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts treffen wir im Wesentlichen dieselben Grundsätze; ja die Zurücksetzung der weiblichen Verwandten scheint im sächsischen Recht noch weiter ausgedehnt worden zu sein. In dem Sachsenspiegel (I. 17) ist nämlich dem Bruder vor der Schwester nicht blos in Hinsicht auf väterliches und mütterliches, sondern auch in Hinsicht auf brüderliches und schwesterliches „Erbe" der Vorzug gegeben, und nicht blos im Verhältniß vor Söhnen und Töchtern, Brüdern und Schwestern wird dieser Vorzug anerkannt, sondern auch zwischen Vater und Mutter. Es findet also in der That unter den Verwandten, welche die engere Familie ausmachen und noch nicht zur „Magschaft" im engeren Sinn gerechnet werden, eine doppelte Folgeordnung Statt, indem zugleich je in derselben Ordnung, worin die männlichen Verwandten berufen sind, aber nach diesen auch die Weiber kommen[19]). Allein weiter, als auf Bruder und Schwester, namentlich auf die Bruders- und Schwester-Kinder, ist jener Vorzug in der Seiten-Linie nicht ausgedehnt.

> Sachsenspiegel a. a. O. §. 1. Sven aver en erve versüsteret und verbruderet (d. h. über Schwester und Bruder hinausgeht) alle de sik gelike na to der sippe gestuppen

---

17) Hunsingoer Text const. 15 (bei Richthofen, friesische Rechtsquellen S. 63 u. 64): sicuti hereditas relicta fuerit extra illas sex manus, et illarum nulla est: pater nec mater, frater nec soror, filius nec filii filius; tunc est *inopinata hereditas*, et dividant eam *cognati*, similiter sicut ipsi sunt cognati. Noch in dem Emsinger Pfenningsschuldbuch bei Richthofen S. 199 §. 14.

18) Bei Grimm Rechtsalterthümer S. 407.

19) Durch ein Attestat des fränkischen Rittercantons Rhön-Werra v. 18. Jan. 1779 wird dieses Verhältniß so ausgedrückt: „wenn man die Töchter als Erben ihrer Väter und Brüder *in actu primo* ansah, und nach erloschenem Mannsstamme sie es in actu secundo werden ließ."

Digitized by Google

mogen, de nemet gelike dele dar an, it si mann oder wif [20]).

Unter Erbe im Sinn des Sachsenspiegels ist wieder wie in der l. Saxonum nicht blos das erbbare Land, sondern die ganze Verlassenschaft mit Ausnahme von Heergewäte und Gerade verstanden [21]). Im schwäbischen Landrecht dagegen ist dem Sohn ein Vorzug vor der Tochter nur in Hinsicht auf, daz *Ansidel* da der vater vffe sass, das heißt den väterlichen Landsitz (sedes paterna l. Alem. tit. LVI.) eingeräumt [22]), während das übrige „Eigen" den Söhnen und Töchtern zu gleichen Theilen anfallen sollte [23]). Wäre nichts vorhanden, als dieses Anwesen, so solle es zu der Brüder Gnaden stehen, was sie der Schwester geben wollen. Daß

---

20) Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 373 S. 739. Weiske Grundsätze des deutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel §. 20.

21) Sächs. Landrecht I. 24 §. 1 u. 3 Sydow, Erbrecht des Sachsenspiegels S. 83.

22) Die Ambraser Handschrift hat Ansedel; andere Handschriften einfach Sedel. Ausg. von Senkenberg Cap. 285. Note E. — Ansedel, Sedel, sedl, sedes heißt ein Wohnsitz auf dem Lande, nebst Zugehörungen, Landsiz, insbesondere ein befreites Gut oder Rittersiz. Vergl. Schmeller bairisches Wörterbuch III, 198. Laßberg, Register zum Schwabenspiegel versteht unter Ansedel ohne Grund ein kleines Gut (Söldengut?). Sydow a. a. O. S. 84 und Andere ein Stammgut, was aber wieder nicht paßt. Sonstige Auslegung s. bei v. der Lahr Wörterbuch zum Schwabenspiegel, Wort Sedel (Senkenberg tom. II. a. Schlusse).

23) (Schwäb. Landr. Laßb. Ausg. Cap. 148, Senkenb. 285) Unde stirbet ein mann der lat svne vnd tohter hinder im, vnd eigen, da er niht mite geschaffet hat, div kint sin uz gestivret oder nit, si svln daz eigen samt teilen. Vnd also swaz den kinden vor vz gegeben ist, daz svln si werfen zv̊ anderm gv̊te daz da ist, ez si vaernde gv̊t oder ander gv̊t daz svln si geliche teiln, swaz gv̊tes da zeteiln ist — — — Vnd ist ein ansidel da da der vater vffe saz, vnd lat er einen svn oder mere svne hinder im, vnde tohter die niht uz gestivret sint, die svne besizent das ansidel mit reht fvr die tohter, vnd ist niht anders da wan daz ansidel, so stet ez an der brv̊der genaden waz (sie) der swester geben. — Vergl. über die Verschiedenheit des sächsischen und schwäbischen Erbrechts auch sächs. Landrecht Art. 19, schwäbisches Landrecht Art. 17.

Digitized by Google

die Töchter auch gegen Verwandte vom Mannsstamm der zweiten, dritten Sippe u. s. f. (Landr. Cap. 3) in Beziehung auf den Sedel zurückstehen sollten, ist nach dem Zusammenhang um so weniger anzunehmen, da ja schon nach dem älteren (alemannischen) Recht und selbst nach dem strengeren sächsischen Recht dieß nicht der Fall ist. Dagegen geht, wie nach sächsischem Landrecht (I. 17) und schon nach altem Sachsenrecht (s. oben) des Sohnes Sohn der Tochter ohne Zweifel auch im Ansidel vor, indem er ja selbst bei Theilung des Eigens die Stelle des Vaters vertritt, ungeachtet ein Repräsentationsrecht der Enkel im Uebrigen damals noch nicht anerkannt war. (Kap. 4) Auch daß die Töchter von der väterlichen Erbschaft überhaupt, oder, wie nach dem Sachsenspiegel, von dem mütterlichen, brüderlichen, schwesterlichen Erbe durch die Söhne ausgeschlossen worden wären, davon ist im schwäbischen Rechtsbuche keine Spur; wohl aber ist ein Vorzug der ungezweiten, das heißt nicht abgetheilten Brüder und Schwestern vor den *gezweiten* oder abgeschichteten Geschwistern ausgesprochen Cap. 285.

Käme es hier darauf an, das beziehungsweise Alter dieser verschiedenen Erbrechtssysteme geschichtlich festzustellen, so möchte sich das fränkische wohl als das ältere ergeben [24]), an welches sich sofort das sächsische und zuletzt das schwäbische anschließen dürfte. Gemeinrechtlich war aber jedenfalls sowohl zur Zeit der Volksrechte als zur Zeit der Rechtsbücher nur der Vorzug der Söhne vor den Töchtern; denn die Ausdehnung dieses Vorzugs auf den ganzen Mannsstamm gehörte blos den Rechten fränkischer Abstammung an, die Ausschließung der Tochter von brüderlicher und schwesterlicher Erbschaft durch die Brüder war aber wiederum bloß sächsisches Recht.

---

24) Tacitus Germania cap. 20. Heredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum; si liberi non sunt, proximus gradus in successione *fratres*, *patrui*, *avunculi*. Nach cap. 32 wurden bei den Teuktern zu Haus und Hof und zu den Rechten der Erbfolge auch die Pferde gerechnet; aber der Tapferste unter den Söhnen, nicht der Aelteste, welcher das Uebrige erhielt, nahm sie als zum Heergeräthe gehörig: inter familiam et penates, et jura successionum equi traduntur: excipit filius, non, ut cetera, maximus natu, sed prout ferox bello et melior.

Digitized by Google

Zwar meint Eichhorn a. a. O. §. 373 Anmerkg. a. E., daß das Recht des Sachsenspiegels das ältere sei, und wohl allgemein in Deutschland bei dem Adel und der Ritterschaft gegolten habe; allein weder das Eine noch das Andere läßt sich unbedingt zugeben.

Von dem ältern Recht war bereits oben die Rede. Ein besonderes Erbrecht des Adels hatte sich aber im 13. und selbst im 14. Jahrhundert noch nicht ausgeschieden[25]). Auch steht, was das gemeine Recht betrifft, dem Zeugnisse des Sachsenspiegels jedenfalls mit gleicher Berechtigung der Schwabenspiegel gegenüber, welcher ebenso, wie jener, bei dem Adel und den übrigen Freien im Gebrauche war[26]). So wenig wie das sächsische kann aber auch das fränkische Recht, welches zu jenem in so vielen Beziehungen einen Gegensatz bildet, als gemeines Recht des Mittelalters in Anspruch genommen werden; denn es geht aus einer Reihe gleichzeitiger Nachrichten hervor, daß Töchter aus den angesehensten Häusern vor ihren Stammvettern, ja zum Theil neben den Söhnen Erbgüter ihrer Familien erhalten haben.

So kamen die großen Erbgüter des Zäringischen Hauses nach dem Tode Berchtolts (1218) großentheils an die Söhne seiner Schwester, Agnes und Anna, welche an die Grafen von Urach und Kyburg verheirathet waren; nur die Lehen und der herzogliche Titel, welcher von nun an mit der Herrschaft Teck vereinigt wurde, scheinen an das Haus Adelberts von Teck, seines Vaters Bruders, gekommen zu sein, und auch der Antheil dessen mußte von Adelberts

25) Nur das Recht auf Heergewäte (Todleib) wird als ein Vorrecht der Ritterbürtigen angeführt. Sächs. Landr. I, 27 §. 2. Jewelk man von ridderes art erft ok tvier wegene: dat erve an den nesten evenbürdigen mack *sve de is*, unde it herwede an den nesten svert mach. Schwäb. Landr. Cap. 29. Swelch man von ritterlicher Art niht ist, vnd erbet doch swaz er erben sol ane totleibe. Vgl. das. Cap. 26. Verm. Sachsenspiegel (Rechtsb. nach Distinctionen, herausgeg. von Ortloff) I, 18, 14.

26) Die älteste Handschrift des Freiherrn von Laßberg aus dem 13. Jahrhundert war für einen Ritter von Falkenstein bei Freiburg im Breisgau gemacht. S. meine Vorrede z. Schwabenspieg.



Digitized by Google

Sohn, Conrad, zuletzt meist an Urach herausgegeben werden [27]). Nicht minder wurden die Erbgüter des Hohenstaufischen Hauses schon vor dessen Erlöschung durch weibliche Erbfolge zersplittert. König Philipp (von Hohenstaufen) hinterließ 4 Töchter, unter welchen die Güter desselben vertheilt wurden, ungeachtet noch ein Stammvetter, der Sohn Heinrichs VI. Friederich, vorhanden war.

Bei der Vermählung der zweiten Tochter König Philipps mit dem Herzog Heinrich von Brabant wurde in dem Heiraths-Vertrag (1207) ausdrücklich bemerkt

> et illa filia succedet in hereditatem paternam cum aliis filiabus Domini Regis, *secundum jus* et *consuetudinem Theutoniae* [28]).

König Otto IV. (Welf) aber nahm in Folge seiner Verlobung mit der dritten Tochter Beatrix sogleich das schwäbische und fränkische Stammgut in Besitz (1209); doch mußte er mit den Schwestern der Beatrix sich abfinden [29]).

Otto war aus dem Welfischen Hause, das schon vorher durch Heirathen sich bereichert hatte. Auch die Güter und Lehen des Grafen Gottfried von Calw (genannt Pfalzgraf) kamen in der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts durch Heirath seiner Tochter an Herzog Welf, ungeachtet des Widerspruchs von Seite des Bruders jenes Gottfried, welcher die Hälfte der Güter (wahrscheinlich die Lehen) in Anspruch nahm [30]).

Ein Sohn Heinrichs des Löwen gleichen Namens heirathete

---

27) Pfister, Geschichte von Schwaben Thl. II. S. 291. Vgl Reinhard, von dem Erbfolgsrechte derer Töchter vor denen Stammsvettern S. 43.

28) Danz, Handbuch des Deutschen Privat-Rechts, fortgesetzt von Griesinger Bd. X. S. 486.

29) Arnold Lubec. VII., 19. Otto de S. Blas. c. 51.

30) Anonymus Weingartensis cap. 12 §. 4, bei Hess Monum. Guelfica p. 26. Vnde et omnia que illius erant, tam beneficia quam patrimonia accepit. Damit hängt vermuthlich auch die spätere Fehde zwischen dem jüngeren Welf (welcher die Güter seiner Mutter in Besitz nahm) und dem Pfalzgrafen Hugo von Tübingen zusammen, welche für Letzteren einen so unglücklichen Ausgang nahm. Das. cap. 14. §. 2 seq.

Digitized by Google

(1198) die Erbtochter des Pfalzgrafen Conrad, welche der Kaiser Heinrich VI, Neffe des Pfalzgrafen, dem Herzog von Baiern zugesagt hatte [31]). Zwei Töchter jenes Pfalzgrafen Heinrich aber, Irmengarde und Agnes, erbten von den Welfischen Stammgütern die Stadt Braunschweig, welche sie sofort an den Kaiser veräußerten, durch den erst ihr Vetter, Otto das Kind, damit belehnt und so das Herzogthum Braunschweig-Lüneburg geschaffen wurde (1235) [32]). Der leztere Fall ist um so merkwürdiger, weil die Erbansprüche der Töchter auf Braunschweig vom Kaiser anerkannt wurden (nicht auch von Braunschweig selbst), ungeachtet ihr Vater bereits jene Stadt dem Herzog Otto nebst seinem ganzen Erbtheil durch das Zeichen des Helms übergeben hatte. Auch bei dem Zäringischen Erbe war es der Kaiser, welcher die weibliche Nachfolge begünstigte [33]).

Hiernach ward selbst bei den Großen, von welchen man annehmen könnte, daß sie nach fränkischem Recht gelebt haben [34]), der Vorzug der Stammvettern nicht anerkannt. Nur im Gebiete des alten Frankens, namentlich in Frankreich und am Niederrhein [35]), haben sich noch Spuren des alten Vorzugs der Schwertmagen (nicht blos der Söhne) bei Vererbung von Immobilien späterhin erhalten.

---

31) Chronographus Weing. bei Hess monum. p. 69.

32) S. die Urkunde bei Pertz Monum. Germ. legum tom. II. p. 319.

33) Andere Fälle, wo Territorien mit Ausschluß der Stammvettern an Töchter gekommen, s. bei J. J. Reinhard a. a. O. S. 40 ff.

34) Der König, von welchem Lande er auch geboren war, hatte fränkisches Recht. Schwäb. Landr. Art. 123. Es scheint aber dieser Grundsatz sich nicht auf die Erbfolge in den Hausgütern bezogen zu haben, wie aus dem Falle K. Philipps hervorgeht. Das Zäringische, Hohenstaufische und Welfische Haus waren alemannischer Abstammung; daher waren die Töchter gegen die Stammvettern allerdings im Recht. Hatte sich doch noch Heinrich der Löwe (1179) auf sein schwäbisches Stammrecht berufen, indem er gegen die Achtserklärung zu Goslar (freilich vergebens) geltend machte, daß er als geborner Schwabe nur auf schwäbischem Boden gerichtet werden könne. Chron. Ursperg.

35) Fragmente über das salische und ripuarische Successionssystem im Ritterstande besonders am Niederrhein in von Kamptz Jahrbüchern Heft 92 §. 9. ff. S. jedoch Beseler Erbverträge II. 2. S. 267.



Digitized by Google

Dagegen hängt der durchgehende Vorzug, welcher dem Mannsstamm bei der Folge in den meisten Reichsländern seit dem 14. u. 15. Jahrhundert eingeräumt worden, theils mit der Lehenbarkeit derselben, theils mit der Autonomie der regierenden Häuser zusammen, wodurch es diesen gelang, nicht blos die agnatische Folge (Vorzug des Mannsstamms) sondern auch die Untheilbarkeit (den Vorzug der Erstgeburt) festzusetzen.

Bei der Ritterschaft, dem später s. g. niederen Adel, waren es dieselben Gründe, welche den Mannsstamm auf Kosten der Weiber begünstigten.

Von den Lehengütern waren nämlich die Töchter ohnedieß der Regel nach ausgeschlossen [36]), so daß selbst, wenn der Mannsstamm ausgestorben war, für sie kein Anfall zu hoffen stand. Selbst mehrere Söhne, die das Lehen vom Vater geerbt hatten, konnten die gegenseitige Folge sich ursprünglich nur dadurch sichern, daß sie das Gut in Gemeinschaft (gesammter Hand) behielten; denn, theilten sie es, und starb einer von ihnen ohne Lehenserben (d. h. ohne Sohn), so ward dessen Antheil dem Herrn ledig [37]). Nachdem die Lehensfolge sich allmählig zu Gunsten der Seitenverwandten erweitert hatte, diente unter Anderem der Lehensauftrag (oblatio feudi) dazu, die Güter dem Mannsstamme zu erhalten, indem nämlich eigene Güter in Lehen verwandelt, und als solche (pertinentia feudalia) einem bereits bestehenden Lehen angehängt oder als besondere Lehen von dem Lehensherrn zurückempfangen wurden. (Die subsidiären Weiberlehen haben zum Theil hierin ihren Grund.)

Aber auch die Allodien suchten nun die ritterschaftlichen Familien mit den Lehengütern äußerlich zu verbinden, dergestalt, daß sie, so lange noch Mannsstamm vorhanden war, in derselben Folge begriffen wurden, und erst deficientibus masculis an die Spillmagen kamen. Diese Einrichtung, welche gewöhnlich unter demselben Titel: Erhaltung des splendor familiae, der Ehre und Macht des Stamms und Namens gefällig gemacht wurde, war nur möglich dadurch,

---

36) Schwäb. Lehenrecht Cap. 42.a (Senkenberg Cap. 18.) Ez enerbet nieman lehen, wan der vater vf den svn, daz (heizet) erbe lehen. Sächs. Lehenrecht Cap. 6.

37) Schwäb. Lehenrecht Cap. 61. Sächs. Lehenrecht Cap. 34. (Senkenberg 37.)

Digitized by Google

daß entweder die weiblichen Verwandten, welche auf diese Weise zurückgesetzt wurden, je einzeln zu einem Verzichte zu Gunsten ihrer Brüder oder Stammvetter bewogen wurden, oder daß durch eine allgemeine Satzung für die weiblichen Nachkommen die Verpflichtung ausgesprochen wurde, sich mit einer standesmäßigen Abfindung genügen zu lassen.

Dadurch ward nun ein besonderes Familien- und Erbrecht des Adels und zwar sowohl innerhalb der ritterschaftlichen als der fürstlichen Familien (Ritterrecht, Fürstenrecht) geschaffen, das von dem gemeinen Recht (Landrecht) sich aussonderte und im Wesentlichen bis heute erhalten ist.

Vor dem 14. Jahrhundert dürfen wir diese Veränderung nicht suchen; denn die Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts (der Sachsen- und Schwabenspiegel) enthalten noch den Vorzug der Söhne vor den Töchtern als gemeines Recht (Landrecht), der Sachsenspiegel sogar in einer Ausdehnung, wie sie den Erbverzichten späterer Zeit nicht immer zu Grunde lag. Dagegen ward die Gleichheit der Söhne und Töchter bereits in einzelnen Stadtrechten des 13. Jahrhunderts ausgesprochen [38]) und auch als Landrecht ward dieselbe in den Rechtsbüchern des 14. Jahrhunderts anerkannt [39]). Daher finden wir, daß seit dieser Zeit die Verzichte um Vieles häufiger wurden und besondere Hausgesetze entstanden, wovon man früher kaum etwas gewußt hatte.

Nothwendig mußten diese Beliebungen, welchen von der Landesgesetzgebung nur wenig nachgeholfen wurde, einen verschiedenen Inhalt dadurch erhalten, daß auch das frühere Landrecht, wovon sie ausgegangen, ein verschiedenes war, und wenn sie gleich alle

38) S. Kraut, Grundriß des deutschen Privatr. 2. Ausg. S. 293. nr. 59. 61—66. Die Berner Handfeste von 1218 (bei Schreiber Urkundenbuch der St. Freiburg I. S. 25) Art. 41. 44. 48 scheint noch den Vorgang der Söhne anzuerkennen.

39) Kaiserrecht Cap. 13 u. 14. Rechtsbuch Ruprechts von Freysing (Ausg. von Maurer) Cap. 7. 206. Schlesisches Landrecht v. 1356, Cap. 359, worüber zu vergleichen ist: Gaupp, das schles. Landrecht S. 83 f. Vermehrter Sachsenspiegel, oder Rechtsbuch nach Distinctionen (Ausg. von Ortloff) Buch 1. C. 6: „Son unde Tochter sind glich an erbe zon nemen." Glosse zum Sachsenspiegel I, 17: Die Tochter nympt zu unserer Zeit zugleich Erbe mit dem Sohne.

Digitized by Google

darin übereinkamen, das gemeine Recht, wie es sich seit dem 14. Jahrhundert gestellt hatte, für die Erbfolge in den adelichen Erbgütern, wovon die Familien häufig den Namen führten, unwirksam zu machen, so blieben sie doch nicht hierbei stehen, indem auch für Erhaltung, beziehungsweise Vermehrung dieser Güter Sorge getragen wurde, zumal, wenn solche durch Theilung unter verschiedene Erbberechtigte geschwächt worden waren. Die nächstliegenden Mittel hierzu waren die Errichtung von Geschlechtsfideicommissen, indem die Unveräußerlichkeit der vorhandenen Güter festgesetzt wurde, die Erwerbung neuer Güter und deren Verknüpfung mit dem Stammgute, die Versorgung nachgeborner Söhne im geistlichen Stande und die Abfertigung der Töchter von der Erbschaft. Weiterhin wirkte zu demselben Zweck (doch standen hier schon mehr Schwierigkeiten entgegen) die Einführung einer besondern Erbfolgeordnung, welche einem der Söhne, gewöhnlich dem Erstgebornen, die Folge sicherte, und die Festsetzung bestimmter Abfindungen für die Nachgebornen.

## §. 3. Von den Erbverzichten der adelichen Töchter, insbesondere deren Umfang und Bedeutung.

Der Unterschied der Erbverzichte von den Erbsatzungen (Erbordnungen, Erbstatuten) ist von Beseler [40]) richtig dahin bestimmt worden, daß jene keine daurende Norm für die ganze Familie aufstellen, sondern nur das Verhältniß, in welchem der Verzichtende und die von ihm vertretenen Personen rücksichtlich des Erbrechts zu denselben stehen. Allein der Begriff des Erbverzichts ist mit diesem Merkmal nicht erschöpft. Hält man sich an das Wort: Erbverzicht, so ist darunter ein Verzicht verstanden, und zwar ein Verzicht auf ein Erbrecht [41]). Die Geschichte widerspricht, wie wir gesehen haben, diesem Begriffe auch hinsichtlich des adelichen Erbverzichts nicht.

Der Erbverzicht setzt demnach voraus:

1) eine bestimmte Person, welche verzichtet,
2) eine bestimmte Person oder mehrere Personen, beziehungsweise deren Rechtsnachfolger, zu deren Gunsten, endlich

40) Erbverträge II, 2. S. 259.

41) Beseler a. a. O. S. 233.

Digitized by Google

3) ein bestimmtes Erbe, in der Regel zukünftiges, worauf verzichtet wird.

Der Töchterverzicht ist nur eine Art des Erbverzichts, dadurch ausgezeichnet, daß eine Tochter, in der Regel die Tochter einer adelichen Familie, einem ihr in dieser zukommenden Erbhoffnungsrecht (auf väterliches, mütterliches, brüderliches Erbe und dergleichen) entsagt zu Gunsten anderer Mitglieder der Familie, in der Regel der Brüder. Ohne ein bestimmtes Erbrecht, worauf die Tochter nach dem Gesetz hoffen kann (Nro. 3), sollte man rechtlich annehmen, ist auch dieser Verzicht nicht möglich, denn ein Verzicht ohne Object verliert seinen Inhalt, ist also ein leeres und darum vergebliches Geschäft (negotium irritum). Dessen ungeachtet hat die Annahme, der Verzicht sei eine bloße Förmlichkeit, großen Anhang gefunden, und auch Beseler[42]), der im Uebrigen unabhängig von seinen Vorgängern zu Werke geht, unterscheidet von dem weiblichen Erbverzicht den Erbverzicht als wahre Erbabsonderung und läßt daher ältere Beispiele dieser Art aus dem 11. und 12. Jahrhundert nicht als weibliche Erbverzichte in dem Sinne, wie sie hier gemeint sind, gelten. Auch ist er der Meinung, daß das jetzt geltende Erbrecht in den Familien des hohen Adels (warum nicht auch des niedern?) nicht mit dem altgermanischen Rechte übereinstimme, sondern im späteren Mittelalter selbstständig durch die Kraft der Familien-Autonomie sei hervorgerufen worden.

Was das besondere Erbrecht des Adels betrifft, so ist oben schon dargelegt worden, wie dieses, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar mit den alten Volks- und Landrechten zusammenhänge, deren Inhalt dasselbe reproducirt. Kann nun freilich hiefür hauptsächlich nur die innere Uebereinstimmung des früheren Volksrechts und des jetzigen Adelsrechts und das Zusammentreffen der Entstehung des letztern mit dem Uebergang des erstern in das heutige gemeine Recht angeführt werden, so ist dieß doch ein in der Geschichte nicht zu verachtender Beweis. Damit ist aber nicht gesagt, daß das neue Adelsrecht in den alten Rechten sein formelles Beruhen habe, sondern, theils weil diese nicht mehr galten, theils weil sie den Wünschen des Mannsstamms nicht genügten, waren die Verzichte nothwendig, selbst in solchen Fällen, wo sie früher entbehrt

42) Erbverträge II, 2. S. 272. 309. 259.

Digitized by Google

werden konnten, namentlich bei dem Verzicht auf das väterliche Erbgut, wiewohl die meisten Verzichte nicht auf dieses beschränkt, sondern auf die väterliche Erbschaft überhaupt, oft auch auf die mütterliche, und zuweilen auf die brüderliche und schwesterliche Erbschaft zugleich erstreckt wurden, von welchen sie nur nach Sachsenrecht ausgeschlossen waren. Schon daß die Töchterverzichte so lange, d. h. jedenfalls seit dem 11. Jahrhundert bis jetzt bei dem Adel im Gebrauch geblieben sind, spricht für ihre hergebrachte rechtliche Bedeutung (schon in einer lateinischen Urkunde vom J. 1227 kommt der Name Verzicht, renuntiatio, que vulgo *Farzihte* dicitur, als technischer Ausdruck vor [43]). Ich bin daher allerdings, wie sich weiterhin zeigen wird, der Ansicht, daß die Erbverzichte zwar ursprünglich keine Schanze gegen das römische Recht sein sollten, wie Eichhorn (Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 349) und Andere geglaubt haben, daß sie aber ebensowenig ursprünglich eine Schranke wider das einheimische, dem Mannsstamme in der Hauptsache günstige, Recht bezweckten, vielmehr dessen Erhaltung beziehungsweise Erweiterung zum Ziele hatten; in diesem Sinne konnten aber wahre Erbverzichte schon im 11. Jahrhundert, ja schon zur Zeit der Volksrechte, vorkommen.

Schon die ältere Sitte der Abschichtung von Söhnen und Töchtern [44]) führte darauf. Diese Abschichtung kam namentlich bei sich verheirathenden Töchtern häufig vor, welchen dagegen ein Verzicht auf die väterliche, oft auch mütterliche Erbschaft auferlegt wurde. Die Fälle, welche Beseler aus dem 11. und 12. Jahrhundert anführt, sind nichts anderes als solche Erbverzichte, d. h. Folge wahrer Erbabfindungen. Auch Beseler gibt dieß zu; nur meint er, die Verzichte adelicher Töchter seit dem 13. Jahrhundert seien von jenen älteren Verzichten verschieden gewesen. Es ist dieß eine Concession gegen die herrschende Meinung [45]), welche zu der von Beseler eingeschlagenen Richtung nicht paßt. Jene bisherige Meinung hatte ihren Grund

43) Mon. boica, C. N. tom. I. p. 356, bei Beseler S. 273.

44) Lex Bajuv. tit. 1. cap. 1: »postquam cum filiis suis partivit.« — Schwäb. Landrecht, bei Laßberg Art. 848.

45) Bostel D. de origine renuntiationum filiarum illustrium, Gissae 1766 hat zuerst den Ursprung der Erbverzichte in das 13. Jahrhundert gesetzt, und noch Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte §. 454

Digitized by Google

in der Annahme, daß das römische Recht schon im 13. Jahrhundert aufgenommen worden und durch seinen Gegensatz zu dem heimischen Recht die Verzichte hervorgerufen habe. Nachdem diese beiden Vordersätze aufgehoben sind, kann auch der Schlußsatz nicht mehr gehalten werden.

Bleiben wir bei unserer geschichtlichen Ansicht stehen, wonach die Erbverzichte ursprünglich allerdings eine Bedeutung hatten, nämlich die wirklicher Erbabfertigungen, so müßte, wenn sie diese Bedeutung in der Folge verloren haben sollten, eine Veränderung in dem Erbrecht der Töchter vorgegangen sein, wonach sie schon von Rechts wegen von aller Erbfolge mit den Brüdern und Stammvettern ausgeschlossen worden wären. Allein die Rechtsgeschichte weist gerade auf die entgegengesetzte Erscheinung hin, indem nämlich das Erbrecht der Weiber mehr und mehr erweitert, nicht beschränkt wurde. Ein sprechendes Zeugniß hiefür ist das oben angeführte schwäbische Landrecht, welches die Töchter im Verhältniß zu den Söhnen nur von dem Ansedel ausschließt. Bereits eine völlige Gleichstellung von Sohn und Tochter enthält, wie wir bemerkt haben, das Kaiserrecht (cap. 13 und 14), welches namentlich in den früheren Ländern des fränkischen Rechts zur Anwendung kam [46]) und das Ruprecht'sche Rechtsbuch, welches in Baiern benützt wurde. Wie diese beiden Rechtsbücher als Nachbildungen des Schwabenspiegels die Rechtsveränderung im südlichen Deutschland nachweisen, so sind der vermehrte Sachsenspiegel und das s. g. schlesische Landrecht (Landrecht des Fürstenthums Breslau), welche an den Sachsenspiegel sich anschließen, Zeugnisse für die fortgeschrittene Rechtsansicht im Norden. Zwar gibt noch das ostfriesische Landrecht, Buch II. cap. 85, dem Bruder einen Vorzug vor der Schwester, indem er dieser ihren Theil der Lande anweisen darf „buten den Hert", das heißt außer dem väterlichen Wohnsitz [47]), welchen

pflichtet ihm bei. Siehe dagegen Mittermaier, Grundsätze des deutschen Priv.R. §. 457.

46) Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 9.

47) Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Worts s. Wicht in der Ausgabe des Landrechts S. 392. Anm. a. Von Richthofen, friesisches Wörterbuch, voce Hirth, ist auf obige Stelle noch keine Rücksicht genommen. Indessen ist nicht zu zweifeln, daß die allgemeine

Digitized by Google

er vorzugsweise ansprechen kann; allein die Abfertigung der Schwester von dem Heerde steht nicht zu seinen Gnaden, wie dieß hinsichtlich des väterlichen Sedels nach dem Schwabenspiegel der Fall ist, sondern die Schwester hat ein wirkliches Recht darauf. Daher ist jene Verweisung auch nur zulässig, falls die übrigen Besitzungen hinreichen, sie mit ihrem „Schwestertheil" abzufertigen. Näher noch erinnert an das Recht des Schwabenspiegels das Jülich'sche Landrecht von 1537, XXIX, 1 [48]):

> Item wanneier eyner von der Ritterschafften imme furstendomp Guylich afflyvich wyrdt und kynder achter lieft, so nympt der alste son den Ansedell vor nyß, so wie derselvyge myt synen graven und zuynen gelegen ist, und alsdan fortan deyllen sy alle Erfffchaften und gueter gelich als broeder und suster.

Hier haben wir nicht nur das Vorrecht auf den „Ansedel" wieder, und zwar als Vorrecht des ältesten Sohns, sondern auch eine Andeutung über den Begriff des Ansidels, welche unsere frühere Annahme rechtfertigt, daß darunter ein Wohnsitz mit seinen Zugehörden und Einfriedigungen, insbesondere ein adelicher Wohnsitz, zu verstehen sei. Aber es geht auch zu weiterer Bestätigung des bisher Ausgeführten hervor, daß und in welcher Weise, was früher gemeines Recht war, nun die Form eines besonderen Standesrechts angenommen hat [49]). Dafür spricht auch das bremische Ritter-

---

Bedeutung des Worts Heerd, focus (s. darüber Grimm Grammatik III, 432) zu Grunde liegt. Dasselbe erhält aber hier eine besondere Nebenbedeutung durch die unzweifelhafte Hinweisung auf den väterlichen Heerd, als Mittelpunct der Familie. Vergl. Emsiger Pfenningsschuldbuch bei Richthofen, friesische Rechtsquellen S. 299. Hversa hir ene lawa lewed wirdath, ther hawt bitein send, sa sellath hia wither *oppa then herth.*

48) S. bei Kraut, Grundriß des deutsch. Priv.R. 2. Ausg. S. 421.

49) Es giebt zwar nach einzelnen Landes- und Stadtrechten auch bürgerliche Erbgüter, welche mit den adelichen Stammgütern gleichen Ursprung haben und den gesetzlichen Erben ohne deren Einwilligung nicht entzogen werden können. Allein der Vorzug des Mannsstamms gilt dabei nicht. Eichhorn, Einl. §. 367. Dieser war fortan nur der Stammfolge in adeliche befreite Güter eigenthümlich. S. Wiehe'sche Statuten aus dem 15. Jahrh. (Walch II.

Digitized by Google

recht Tit. 1. §. 1, wo die Mannsfolge (agnatische Succession) für die Stammgüter des Adels festgesetzt wird:

Wann einer von Adel verstirbet, der fället nach altem löblichem Herkommen dieses Erzstifts Bremen, alle seine Erbstammgüter auf seine männliche Leibeserben und in Mangel deren auf seine Brüder, Brüdersöhne oder sonsten auf die nächsten Agnaten — ungeachtet, daß von der Spillseiten nähere Cognaten vorhanden seien.

Es wird zwar hier auf altes Herkommen sich berufen; indessen schließt dieß nicht aus, daß nicht, wie dieß auch anderwärts der Fall, besagtes Herkommen durch eine Reihe autonomischer Beliebungen allmälig sich heraufgebildet hat. Nicht allenthalben ward übrigens das Recht der Erbfolge in den adelichen Häusern so klar gefaßt und auf seine natürlichen Grenzen zurückgeführt. Meistentheils gründete sich vielmehr die Stammerbfolge auf bloße Gewohnheit und eine Reihe von Erbverzichten von verschiedenem Umfang.

Sehen wir auf die große Anzahl von Erbverzichten, welche seit dem 14. Jahrhundert in allen Theilen von Deutschland vorkommen [50]), so erklärt es sich allerdings, wie man auf die Annahme kommen konnte, römisches Recht habe sie hervorgerufen, dessen Einfluß auf unsere Rechtsquellen damals schon bemerklich war; allein abgesehen davon, daß dessen Aufnahme als unmittelbare Rechtsquelle erst im 16. Jahrhundert statthatte [51]), kamen die Erbverzichte, wenn auch in geringerer Zahl, schon vor dem 14. Jahrhundert vor, also lange Zeit, ehe der Stammerbfolge des Adels von demselben Gefahr drohte. Es muß also der Grund des häufigeren Vorkommens anderwärts gesucht werden und zwar meines Erachtens in der bisher viel zu wenig beachteten Entwickelung des einheimischen Erbrechts bis in das 16. Jahrhundert, insbesondere in dem Einflusse

---

54): „daß alle Schoßbarn Güter erben also wol und also wider auf die Töchter so auf die Sonne und auf alle Erben."

50) S. v. Neurath von der Regredienterbschaft und den dabei vorkommenden Rechtsfragen. Gießen 1807.

51) S. mein Württembergisches Privatrecht §. 24. Beseler Erbverträge Bd. II. Abthlg. 2. S. 274. Auch das übrige Erbrecht ward bis zum 16. Jahrhundert durch das römische Recht im Wesentlichen nicht verändert.

Digitized by Google

des Schwabenspiegels, welcher nicht blos im südlichen Deutschland, namentlich in Schwaben und Elsaß, Franken, Baiern und am Rheinstrom, sehr verbreitet war, sondern, wie es scheint, durch das Welfische Haus auch nach Norddeutschland verpflanzt worden [52]). Daß andererseits der Schwabenspiegel, indem er das weibliche Erbrecht weiter stellt, als der ihm vielfach verwandte Sachsenspiegel, hierin durch römisches Recht bestimmt worden sei, ist nicht anzunehmen, da das Erbrecht des Schwabenspiegels von dem römischen durchaus abweicht. Das göttliche Recht aber schien dem Verfasser des Schwabenspiegels mit dem Vorzug des Mannsstamms so wenig in Widerspruch zu stehen, daß vielmehr die Rechtfertigung desselben (und zwar in der Ausdehnung, wie er in dem alemannischen Rechte begründet war), aus der mosaischen Satzung hergeholt und dem milderen Rechte des Schwabenspiegels (gleichsam zur Beruhigung der Töchter) an die Seite gestellt wird [53]). Dagegen liegt der Zusammenhang mit dem alten alemannischen Rechte und den späteren Stadtrechten sehr nahe. Ward nun aber das Erbrecht der Töchter einmal in größerem Umfange anerkannt, indem dieselben nicht blos an der Fahrniß, sondern auch an der Liegenschaft, mit Ausnahme des Ansiedels, theilnehmen sollten, so konnte dasselbe im einzelnen Falle nur durch einen freiwilligen Verzicht geschmälert oder aufgehoben werden, und das kanonische Recht [54]), wiewohl nach demsel-

---

52) S. meine Vorrede zur Laßbergischen Ausgabe S. XXV.

53) Laßb. Ausg. cap. 148. c.: Moyses kvnte got die sache, got antwvrte alſo: ich wil daz ob ein menſche ſterbe, une ſvn, daz ſin erbe siner tohter werde, vnd hat der mensche weder ſvne noh tohter, ſo erbet ſin bruder, vnd hat er niht bruders, ſo erben ſine vetern, hat er niht vetern, ſo erbet ie der naehſte vor (von) mater magen. Vergl. Moses IV (Numeri) cap. 27. 36, wo von dem Erbe des Selofchad (nicht Sasalphar, wie bei Laßb.) die Rede ist. Daß die Verwandten von des Vaters Seite (Vatermagen) den gleich nahen Muttermagen der Regel nach vorgehen (Laßb. §. 275) steht ganz in Uebereinstimmung mit cap. 59 u. 148 a. Dagegen muß die Lehre von der Theilung zwischen Vater- und Muttermagen, welche cap. 148 c gegen das Ende eingeschoben ist, als fremd (c. 13. §. 2. de legit. haered.) bezeichnet werden, wie dieß denn auch nicht undeutlich in der Stelle selbst zu erkennen gegeben ist.

54) cap. 2 de pactis in VIto.

Digitized by Google

den keine andere Erbverzichte gültig sein sollten, als welche mit einem Eid bekräftigt worden, begünstigte vielmehr dieselben, indem durch Beobachtung jener Form, welche übrigens nie zu einer allgemeinen Geltung gelangte, den romanisirenden Rechtsgelehrten der Vorwand genommen wurde, sie anzutasten.

Auch Eichhorn[55]) muß zugeben, daß selbst bei dem Herrenstande seit dem 13. Jahrhundert (also vor Aufnahme des römischen Rechts) das Herkommen sich augenscheinlich überall zum Vortheil der Töchter gebildet habe; auch schließe kein späteres Rechtsbuch die Töchter aus; ebenso lasse sich auch aus den Urkunden ein sie ausschließendes Herkommen in Deutschland überhaupt nicht darthun. Dadurch sollen nun die Erbverzichte allmälig eine Bedeutung erhalten haben, während dieselben Anfangs, wenigstens den Brüdern gegenüber, als bloße Kautel betrachtet worden seien. Dieser Ansicht, verglichen mit dem, was der genannte Gelehrte an andern Orten sagt (Einl. §. 349), vermag ich nur insofern nicht beizustimmen, als dabei von der Voraussetzung ausgegangen sein sollte, daß das römische Recht die angegebene Veränderung hervorgebracht habe, und als ob die Verzichte im 13ten Jahrhundert gar keine wahre Verzichte gewesen wären. Die Erbverzichte stehen nämlich mit dem Erbrecht der Töchter nur insofern in Verbindung, als sie ein solches Erbrecht, und zwar ein wahres Erbrecht, immer voraussetzten. Dieses fand aber, wie wir gezeigt haben, schon zur Zeit des Schwabenspiegels, also im 13ten Jahrhundert, auch neben Brüdern statt. Die Verzichte, wofern sie auf väterliche und mütterliche Erbschaft überhaupt gerichtet waren, hatten hiernach schon damals eine Bedeutung. Nur in Sachsen und im übrigen Norden hatten sie diese Bedeutung in der Regel noch nicht; daher treten auch dort Erbverzichte später hervor.

Hiebei ist übrigens Eichhorn auch noch das zuzugeben, daß die Verzichte damals theilweise als Kautel erscheinen konnten, sofern einmal das volle Erbrecht der Töchter noch nicht allgemein anerkannt war, und dann auch noch in der Rücksicht, weil ihr Gegenstand in der Regel ein sehr gemischter und daher mehr oder weniger ungewisser war, sofern sich nämlich nicht immer vorausbestimmen ließ, ob nicht die Töchter durch das Zusammentreffen mit Söhnen

55) Staats- und Rechtsgeschichte §. 454. Anm. k).

Digitized by Google

von dem „Ansidel" künftig werden ausgeschlossen werden. Doch möchte in dieser Hinsicht auf den von Bostel [56]), Eichhorn und Andern angeführten Verzicht v. J. 1226 (nicht 1227) kein gar großes Gewicht zu legen sein. In dieser Urkunde verzichtet Graf Simon von Saarbrück Namens seiner Gemahlin, geb. von Lothringen, zu Gunsten ihres Bruders Mathäus, Herzogs von Lothringen, auf die väterliche und mütterliche Erbschaft, mit dem Beisaze: „si quod habebat" [57]). Dieser Beisatz beweist für die Kautel-Eigenschaft der Töchter-Verzichte schon darum nichts, weil der Verzicht, worin er gemacht ist, nicht auf eine künftig anfallende, sondern eine bereits angefallene Erbschaft sich bezieht, wobei es ungewiß ist, ob nicht die Verzichtende von dieser bei ihrer früheren Verheirathung bereits abgeschichtet war, also keine Rechte mehr hatte. Auch hatte die Mutter der Renunciantin in ihrem nicht lange zuvor (im Juny 1226) gefertigten Testamente ihre Töchter ebenso, wie ihre Söhne als ihre Erben genannt und am Schlusse gesagt: Filiae vero meae tale jus in haereditate habeant, quale debent [58]). Und wenn gleich auch diese Stelle sich unbestimmt ausdrückt, so erklärt sich

56) De origine renunciationum filiarum illustrium, Gissae 1746 Anhang p. 2.

57) Die Urkunde, nur auszugsweise angeführt bei Bostel l. c. ist abgedruckt bei Calmet histoire de Lorraine (Ausg. von 1728) (preuves p. 438. Die Worte des Verzichts lauten so: quod ego omne jus quod uxor mea, soror venerabilis domini Mathaei Ducis Loth. et March. in haereditate tam ex parte patris quam ex parte matris sibi provenieute habebat, *si quod habebat,* de consensu ipsius uxoris jam dictae, eidem nobili Duci praenominato plenius acquictavi et idem jus reliqui supra suam voluntatem libere et quiete. Das Wort „si" oder „wenn" ist unter Umständen auch nicht bedingungsweise zu nehmen, sondern für „weil" oder „da". S. Fertigung um die Herrschaft Schalzburg zwischen Zollern und Württemberg vom Jahre 1403. „vnd besunder die egenant frow Verena Gräfin von Zoler geborn von Kyburg (verzichtet) mit zopf vnd mit Brust vnd mit ir hant vnd mit des egenanten irs vogtz hant wan es ir hainstür vnd ir Morgengab anrürti:" Meine Sammlung württ. Statutar-Rechte B. I. S. 153. In obigem Falle scheint es aber einen wirklichen Zweifel auszudrücken, da proveniente vorausgeht.

58) Calmet l. c. p. 439.

Digitized by Google

dieß so wie die Urkunde von 1226 bei genauerem Betracht daraus, daß die Erblasserin ihren älteren Sohn Theobald (an dessen Stelle nachher der andere Sohn Mathäus getreten war) zum alleinigen Erben, sowohl in den von ihrem Mann herrührenden Widdum= als in den von ihrem Vater ererbten eigenen Gütern auf= und angenommen, und die Versicherung beigefügt hatte, später das Gleiche auch mit der von ihrem Bruder etwa anfallenden Erbschaft zu thun [59]).

Ueberdiß ist weder in dem 7 Jahre früher, noch in dem ein paar Jahre nachher erfolgten Verzicht zweier andern Töchter aus dem Hause Lothringen, vermählter Gräfinnen von Holland und Kyburg, der angeführte Beisatz gemacht [60]). Auch findet sich derselbe meines Wissens in keiner bekannten früheren Urkunde. Ueberhaupt ist es der Geschichte unseres Rechtes angemessener, die Kautelen in späterer Zeit zu suchen, wo das römische Recht vorsichtig machte, als in der früheren, wo das Rechtsbewußtsein im Volke noch nicht verdunkelt war. Wenn daher auch in dem angeführten Verzicht eine Unsicherheit hinsichtlich des aufgegebenen Erbrechts hervorleuchtet, so ist dieselbe nicht daraus zu erklären, als ob etwa den Töchtern überall um jene Zeit kein Erbrecht zugeschrieben worden wäre, sondern daraus, daß dem Bruder gegenüber das Erbrecht zweifelhaft war. Eben weil man angefangen hatte, die Töchter mit den Brüdern gleichberechtigt zu halten, wurde ihr Verzicht zu Gunsten der leztern gefordert, und zwar ihr freiwilliger Verzicht [61]).

Das Erbrecht der Töchter seit dem Ende des 13. Jahrhunderts bis zum Anfang des 16. wird von Eichhorn (im Texte zu der angeführten Anmerkung) so dargestellt:

59) S. die Urkunden bei Calmet l. c. p. 424. 425.

60) De Bostel a. a. O. Calmet l. c. p. 341. In dem letzteren wird vielmehr gesagt, daß der Herzog zur Schadloshaltung seiner Schwester für die Erbschaft ihr die Burg und das Eigenthum zu Ulm nebst allen Zugehörden überlassen habe.

61) Urk. des Grafen Wilhelmus de Duingen von 1236 bei Kopp, Lehensproben Th. 1. S. 249. ceterum si fato mortis, filiis meis privabor, filia mea de Minzenberg hereditatem accipiet cum sororibus suis *justo modo* — — si vero filios habuero nulla a me habebit hereditatis portionem — idque de commotione domini Ulrici senioris — — ipsa inducetur *ut voluntarie renunciatur*.

Digitized by Google

Bei dem niedern Adel succedirte gewiß schon im 14. Jahrhundert überall in Deutschland die Tochter in das gesammte Erbe, wenn keine Söhne vorhanden waren, gleichwie beim hohen Adel das Herkommen sich zu Gunsten der Töchter neigte, je öfter diesen zum Nachtheil entfernterer Stammsvettern selbst das mit Lehen vermischte Erbe zugewendet wurde.

Daraus wird zu erklären gesucht, daß die Töchter bei ihren Verzichten schon im 15. Jahrhundert zuweilen den Anfall des Erbes sich vorbehalten haben, falls ihre Brüder keine leibliche Erben oder nur keine männliche Erben hinterlassen würden. Allein daß die Töchter gegen die Stamms-Vettern im Erbe zurückgestanden wären, läßt sich auch nach dem ältern Recht (das fränkische und thüringische ausgenommen) nicht behaupten; die Neuerung kann also nicht darin bestanden haben, daß sie ihnen vorgesetzt wurden, (denn darin stimmten das sächsische und schwäbische Recht überein) sondern nur darin, daß die Töchter jetzt häufiger, wie früher, zu Gunsten ihrer Brüder auf das gesammte väterliche Erbe, oft auch auf mütterliche und brüderliche Erbschaft verzichteten, und dadurch das strengere sächsische Recht zur Anwendung brachten.

Auf den Sachsenspiegel unmittelbar läßt sich freilich, wie auch Eichhorn bemerkt, diese Sitte nicht stützen, denn der Sachsenspiegel nimmt die Töchter von selbst als durch die Söhne im gesammten väterlichen, mütterlichen, brüderlichen und schwesterlichen Erbe ausgeschlossen an (s. §. 2); wohl aber wurde den Töchtern der Verzicht jetzt zuweilen durch Statuten zur Pflicht gemacht; oder es wurden geradezu auf diesem Wege die Töchter zum Besten der Söhne von der Erbfolge ausgeschlossen erklärt. Im letzteren Falle bedürfte es, wie schon Zasius, der auf die Einführung des römischen Rechts im südlichen Deutschland großen Einfluß hatte, richtig erkannte 62), keines Verzichts, und wenn

62) U. Zasius ad L. 61: de V. O. cap. 2 concl. 3. Nam quamvis civitates non habeant hujusmodi consuetudines in Germania, tamen nobiles comuniter habeat haec statuta, maxime comites, sicut comites de Bitsh et domini de Rapoltstein, *quibus ego feci*, quod deinceps *non est necesse filias renunciare*, cum sint statuto exclusa, nihilominus renunciant ad cautelam abundantem.

Digitized by Google

er gleichwohl gefertigt wurde, war er bloße Vorsicht. Allein die Statuten weichen sehr unter einander ab.

1. In den meisten Statuten ist der Verzicht gleichwohl vorgeschrieben; aber mit verschiedenen Wirkungen, theils als bloße Form oder Cautel, indem ein Anspruch auf eigentliches Erbrecht oder den Pflichttheil gar nicht angenommen wurde, wie z. B. in dem bairischen Mandat v. 20. Apr. 1672 [63]), und auch wieder in dem Codex Maximilianeus [64]), theils als wirkliche Abfertigung. Im lezten Falle ist den Unverheiratheten (Nicht-Verzichtenden, Nicht-Abgeschichteten) das Erbrecht unverzogen; und auch durch Verheirathung und standesmäßige Ausstattung geht ihnen dasselbe nicht verloren, wenn sie nicht ausdrücklich verzichtet haben. Im ersteren Falle dagegen sind die Söhne den Töchtern nur zu standesmäßigem Unterhalt bis zur Verheirathung und zu einer, im Streitfalle durch Schiedsrichter oder das ordentliche Gericht zu ermittelnden, Ausstattung verbunden. Eigenthümlich sind die von Eichhorn §. 569 Note e angeführten östreichischen Gewohnheiten [65]). Hiernach wird die nicht verzichtende Tochter nur alsdann von dem väterlichen Vermögen ausgeschlossen, wenn sie unverheirathet, nicht aber, wenn sie verheirathet ist, und Vater oder Brüder versäumt hatten, den Verzicht zu fordern.

2. Einige ziehen den Töchtern nicht blos die Söhne, sondern auch die Stammvettern vor, aber nur im Erbstammgut, z. B. das bremische Ritterrecht von 1577 [66]) (Tit. 1. §. 1.) und viele Familien-Statuten. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er die übrige Erbschaft betrifft. Nach andern ist zwar die Tochter von der väterlichen Erbschaft überhaupt ausgeschlossen [67]), nicht aber von der mütterlichen u. s. w. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er sich auch auf die mütterliche, brüderliche oder schwesterliche Erbschaft bezieht.

63) Bei Lünig, corp. juris feud. germ. II. S. 523 f.

64) Thl. III, Cap. 11 §. 8; bezieht sich jedoch nur auf den gefreieten Landes-Adel.

65) Walther Consuetud. Austriae, Tractat 1. Cap. 6.

66) Bei Puffendorf Observ. juris IV. App. S. 6.

67) Z. B. nach dem i. J. 1778 bestätigten Herkommen der osnabrükischen Ritterschaft s. Mösers patriot. Phantasien Bd. IV. Nr. 53 u. 54.



Digitized by Google

werden konnten, namentlich bei dem Verzicht auf das väterliche Erbgut, wiewohl die meisten Verzichte nicht auf dieses beschränkt, sondern auf die väterliche Erbschaft überhaupt, oft auch auf die mütterliche, und zuweilen auf die brüderliche und schwesterliche Erbschaft zugleich erstreckt wurden, von welchen sie nur nach Sachsenrecht ausgeschlossen waren. Schon daß die Töchterverzichte so lange, d. h. jedenfalls seit dem 11. Jahrhundert bis jetzt bei dem Adel im Gebrauch geblieben sind, spricht für ihre hergebrachte rechtliche Bedeutung (schon in einer lateinischen Urkunde vom J. 1227 kommt der Name Verzicht, renuntiatio, que vulgo *Farzihte* dicitur, als technischer Ausdruck vor [43]). Ich bin daher allerdings, wie sich weiterhin zeigen wird, der Ansicht, daß die Erbverzichte zwar ursprünglich keine Schanze gegen das römische Recht sein sollten, wie Eichhorn (Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 349) und Andere geglaubt haben, daß sie aber ebensowenig ursprünglich eine Schranke wider das einheimische, dem Mannsstamme in der Hauptsache günstige, Recht bezweckten, vielmehr dessen Erhaltung beziehungsweise Erweiterung zum Ziele hatten; in diesem Sinne konnten aber wahre Erbverzichte schon im 11. Jahrhundert, ja schon zur Zeit der Volksrechte, vorkommen.

Schon die ältere Sitte der Abschichtung von Söhnen und Töchtern [44]) führte darauf. Diese Abschichtung kam namentlich bei sich verheirathenden Töchtern häufig vor, welchen dagegen ein Verzicht auf die väterliche, oft auch mütterliche Erbschaft auferlegt wurde. Die Fälle, welche Beseler aus dem 11. und 12. Jahrhundert anführt, sind nichts anderes als solche Erbverzichte, d. h. Folge wahrer Erbabfindungen. Auch Beseler gibt dieß zu; nur meint er, die Verzichte adelicher Töchter seit dem 13. Jahrhundert seien von jenen älteren Verzichten verschieden gewesen. Es ist dieß eine Concession gegen die herrschende Meinung [45]), welche zu der von Beseler eingeschlagenen Richtung nicht paßt. Jene bisherige Meinung hatte ihren Grund

---

43) Mon. boica, C. N. tom. I. p. 356, bei Beseler S. 273.

44) Lex Bajuv. tit. 1. cap. 1: »postquam cum filiis suis partivit.« — Schwäb. Landrecht, bei Laßberg Art. 848.

45) Bostel D. de origine renuntiationum filiarum illustrium, Gissae 1766 hat zuerst den Ursprung der Erbverzichte in das 13. Jahrhundert gesetzt, und noch Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte §. 454

Digitized by Google

in der Annahme, daß das römische Recht schon im 13. Jahrhundert aufgenommen worden und durch seinen Gegensatz zu dem heimischen Recht die Verzichte hervorgerufen habe. Nachdem diese beiden Vordersätze aufgehoben sind, kann auch der Schlußsatz nicht mehr gehalten werden.

Bleiben wir bei unserer geschichtlichen Ansicht stehen, wonach die Erbverzichte ursprünglich allerdings eine Bedeutung hatten, nämlich die wirklicher Erbabfertigungen, so müßte, wenn sie diese Bedeutung in der Folge verloren haben sollten, eine Veränderung in dem Erbrecht der Töchter vorgegangen sein, wonach sie schon von Rechts wegen von aller Erbfolge mit den Brüdern und Stammvettern ausgeschlossen worden wären. Allein die Rechtsgeschichte weist gerade auf die entgegengesetzte Erscheinung hin, indem nämlich das Erbrecht der Weiber mehr und mehr erweitert, nicht beschränkt wurde. Ein sprechendes Zeugniß hiefür ist das oben angeführte schwäbische Landrecht, welches die Töchter im Verhältniß zu den Söhnen nur von dem Ansedel ausschließt. Bereits eine völlige Gleichstellung von Sohn und Tochter enthält, wie wir bemerkt haben, das Kaiserrecht (cap. 13 und 14), welches namentlich in den früheren Ländern des fränkischen Rechts zur Anwendung kam [46]) und das Ruprecht'sche Rechtsbuch, welches in Baiern benützt wurde. Wie diese beiden Rechtsbücher als Nachbildungen des Schwabenspiegels die Rechtsveränderung im südlichen Deutschland nachweisen, so sind der vermehrte Sachsenspiegel und das s. g. schlesische Landrecht (Landrecht des Fürstenthums Breslau), welche an den Sachsenspiegel sich anschließen, Zeugnisse für die fortgeschrittene Rechtsansicht im Norden. Zwar gibt noch das ostfriesische Landrecht, Buch II. cap. 85, dem Bruder einen Vorzug vor der Schwester, indem er dieser ihren Theil der Lande anweisen darf „buten den Hert", das heißt außer dem väterlichen Wohnsitz [47]), welchen

---

pflichtet ihm bei. Siehe dagegen Mittermaier, Grundsätze des deutschen Priv.R. §. 457.

46) Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 9.

47) Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Worts s. Wicht in der Ausgabe des Landrechts S. 392. Anm. a. Von Richthofen, friesisches Wörterbuch, voce Hirth, ist auf obige Stelle noch keine Rücksicht genommen. Indessen ist nicht zu zweifeln, daß die allgemeine

Digitized by Google

er vorzugsweise ansprechen kann; allein die Abfertigung der Schwester von dem Heerde steht nicht zu seinen Gnaden, wie dieß hinsichtlich des väterlichen Sedels nach dem Schwabenspiegel der Fall ist, sondern die Schwester hat ein wirkliches Recht darauf. Daher ist jene Verweisung auch nur zuläßig, falls die übrigen Besitzungen hinreichen, sie mit ihrem „Schwestertheil" abzufertigen. Näher noch erinnert an das Recht des Schwabenspiegels das Jülich'sche Landrecht von 1537, XXIX, 1 [48]):

> Item wanneier eyner von der Ritterschafften imme furstendomp Guylich afflyvich wyrdt und kynder achter liest, so nympt der alste son den Ansedell vor nyß, so wie derselvyge myt synen graven und zuynen gelegen ist, und alsdan fortan deyllen sy alle Erffschaften und gueter gelich als broeder und suster.

Hier haben wir nicht nur das Vorrecht auf den „Ansedel" wieder, und zwar als Vorrecht des ältesten Sohns, sondern auch eine Andeutung über den Begriff des Ansidels, welche unsere frühere Annahme rechtfertigt, daß darunter ein Wohnsitz mit seinen Zugehörden und Einfriedigungen, insbesondere ein adelicher Wohnsitz, zu verstehen sei. Aber es geht auch zu weiterer Bestätigung des bisher Ausgeführten hervor, daß und in welcher Weise, was früher gemeines Recht war, nun die Form eines besonderen Standesrechts angenommen hat [49]). Dafür spricht auch das bremische Ritter-

---

Bedeutung des Worts Heerd, focus (s. darüber Grimm Grammatik III, 432) zu Grunde liegt. Dasselbe erhält aber hier eine besondere Nebenbedeutung durch die unzweifelhafte Hinweisung auf den väterlichen Heerd, als Mittelpunct der Familie. Vergl. Emsiger Pfenningsschuldbuch bei Richthofen, friesische Rechtsquellen S. 299. Hversa hir ene lawa lewed wirdath, ther hawt bitein send, sa sellath hia wither *oppa then herth.*

48) S. bei Kraut, Grundriß des deutsch. Priv.R. 2. Ausg. S. 421.

49) Es giebt zwar nach einzelnen Landes- und Stadtrechten auch bürgerliche Erbgüter, welche mit den adelichen Stammgütern gleichen Ursprung haben und den gesetzlichen Erben ohne deren Einwilligung nicht entzogen werden können. Allein der Vorzug des Mannsstamms gilt dabei nicht. Eichhorn, Einl. §. 367. Dieser war fortan nur der Stammfolge in adeliche befreite Güter eigenthümlich. S. Wiehe'sche Statuten aus dem 15. Jahrh. (Walch II.

Digitized by Google

recht Tit. 1. §. 1, wo die Mannsfolge (agnatische Succession) für die Stammgüter des Adels festgesetzt wird:

> Wann einer von Adel verstirbet, der fället nach altem löblichem Herkommen dieses Erzstifts Bremen, alle seine Erbstammgüter auf seine männliche Leibeserben und in Mangel deren auf seine Brüder, Brüdersöhne oder sonsten auf die nächsten Agnaten — ungeachtet, daß von der Spillseiten nähere Cognaten vorhanden seien.

Es wird zwar hier auf altes Herkommen sich berufen; indessen schließt dieß nicht aus, daß nicht, wie dieß auch anderwärts der Fall, besagtes Herkommen durch eine Reihe autonomischer Beliebungen allmälig sich heraufgebildet hat. Nicht allenthalben ward übrigens das Recht der Erbfolge in den adelichen Häusern so klar gefaßt und auf seine natürlichen Grenzen zurückgeführt. Meistentheils gründete sich vielmehr die Stammerbfolge auf bloße Gewohnheit und eine Reihe von Erbverzichten von verschiedenem Umfang.

Sehen wir auf die große Anzahl von Erbverzichten, welche seit dem 14. Jahrhundert in allen Theilen von Deutschland vorkommen [50]), so erklärt es sich allerdings, wie man auf die Annahme kommen konnte, römisches Recht habe sie hervorgerufen, dessen Einfluß auf unsere Rechtsquellen damals schon bemerklich war; allein abgesehen davon, daß dessen Aufnahme als unmittelbare Rechtsquelle erst im 16. Jahrhundert statthatte [51]), kamen die Erbverzichte, wenn auch in geringerer Zahl, schon vor dem 14. Jahrhundert vor, also lange Zeit, ehe der Stammerbfolge des Adels von demselben Gefahr drohte. Es muß also der Grund des häufigeren Vorkommens anderwärts gesucht werden und zwar meines Erachtens in der bisher viel zu wenig beachteten Entwickelung des einheimischen Erbrechts bis in das 16. Jahrhundert, insbesondere in dem Einflusse

---

54): „daß alle Schoßbarn Güter erben also wol und also wider auf die Töchter so auf die Sonne und auf alle Erben."

50) S. v. Neurath von der Regredienterbschaft und den dabei vorkommenden Rechtsfragen. Gießen 1807.

51) S. mein Württembergisches Privatrecht §. 24. Beseler Erbverträge Bd. II. Abthlg. 2. S. 274. Auch das übrige Erbrecht ward bis zum 16. Jahrhundert durch das römische Recht im Wesentlichen nicht verändert.

Digitized by Google

des Schwabenspiegels, welcher nicht blos im südlichen Deutschland, namentlich in Schwaben und Elsaß, Franken, Baiern und am Rheinstrom, sehr verbreitet war, sondern, wie es scheint, durch das Welfische Haus auch nach Norddeutschland verpflanzt worden [52]). Daß andererseits der Schwabenspiegel, indem er das weibliche Erbrecht weiter stellt, als der ihm vielfach verwandte Sachsenspiegel, hierin durch römisches Recht bestimmt worden sei, ist nicht anzunehmen, da das Erbrecht des Schwabenspiegels von dem römischen durchaus abweicht. Das göttliche Recht aber schien dem Verfasser des Schwabenspiegels mit dem Vorzug des Mannsstamms so wenig in Widerspruch zu stehen, daß vielmehr die Rechtfertigung desselben (und zwar in der Ausdehnung, wie er in dem alemannischen Rechte begründet war), aus der mosaischen Satzung hergeholt und dem milderen Rechte des Schwabenspiegels (gleichsam zur Beruhigung der Töchter) an die Seite gestellt wird [53]). Dagegen liegt der Zusammenhang mit dem alten alemannischen Rechte und den späteren Stadtrechten sehr nahe. Ward nun aber das Erbrecht der Töchter einmal in größerem Umfange anerkannt, indem dieselben nicht blos an der Fahrniß, sondern auch an der Liegenschaft, mit Ausnahme des Ansiedels, theilnehmen sollten, so konnte dasselbe im einzelnen Falle nur durch einen freiwilligen Verzicht geschmälert oder aufgehoben werden, und das kanonische Recht [54]), wiewohl nach demsel-

---

52) S. meine Vorrede zur Laßbergischen Ausgabe S. XXV.

53) Laßb. Ausg. cap. 148. c.: Moyses kvnte got die sache, got antwvrte alſo: ich wil daz ob ein menſche ſterbe, une ſvn, daz ſin erbe siner tohter werde, vnd hat der mensche weder ſvne noh tohter, ſo erbet ſin bruder, vnd hat er niht bruders, ſo erben ſine vetern, hat er niht vetern, ſo erbet ie der naehſte vor (von) mater magen. Vergl. Moses IV (Numeri) cap. 27. 36, wo von dem Erbe des Selofchad (nicht Sasalphar, wie bei Laßb.) die Rede ist. Daß die Verwandten von des Vaters Seite (Vatermagen) den gleich nahen Muttermagen der Regel nach vorgehen (Laßb. §. 275) steht ganz in Uebereinstimmung mit cap. 59 u. 148 [a]. Dagegen muß die Lehre von der Theilung zwischen Vater- und Muttermagen, welche cap. 148 [c] gegen das Ende eingeschoben ist, als fremd (c. 13. §. 2. de legit. haered.) bezeichnet werden, wie dieß denn auch nicht undeutlich in der Stelle selbst zu erkennen gegeben ist.

54) cap. 2 de pactis in VI[to].

Digitized by Google

den keine andere Erbverzichte gültig sein sollten, als welche mit einem Eid bekräftigt worden, begünstigte vielmehr dieselben, indem durch Beobachtung jener Form, welche übrigens nie zu einer allgemeinen Geltung gelangte, den romanisirenden Rechtsgelehrten der Vorwand genommen wurde, sie anzutasten.

Auch Eichhorn [55]) muß zugeben, daß selbst bei dem Herrenstande seit dem 13. Jahrhundert (also vor Aufnahme des römischen Rechts) das Herkommen sich augenscheinlich überall zum Vortheil der Töchter gebildet habe; auch schließe kein späteres Rechtsbuch die Töchter aus; ebenso lasse sich auch aus den Urkunden ein sie ausschließendes Herkommen in Deutschland überhaupt nicht darthun. Dadurch sollen nun die Erbverzichte allmälig eine Bedeutung erhalten haben, während dieselben Anfangs, wenigstens den Brüdern gegenüber, als bloße Kautel betrachtet worden seien. Dieser Ansicht, verglichen mit dem, was der genannte Gelehrte an andern Orten sagt (Einl. §. 349), vermag ich nur insofern nicht beizustimmen, als dabei von der Voraussetzung ausgegangen sein sollte, daß das römische Recht die angegebene Veränderung hervorgebracht habe, und als ob die Verzichte im 13ten Jahrhundert gar keine wahre Verzichte gewesen wären. Die Erbverzichte stehen nämlich mit dem Erbrecht der Töchter nur insofern in Verbindung, als sie ein solches Erbrecht, und zwar ein wahres Erbrecht, immer voraussetzten. Dieses fand aber, wie wir gezeigt haben, schon zur Zeit des Schwabenspiegels, also im 13ten Jahrhundert, auch neben Brüdern statt. Die Verzichte, wofern sie auf väterliche und mütterliche Erbschaft überhaupt gerichtet waren, hatten hiernach schon damals eine Bedeutung. Nur in Sachsen und im übrigen Norden hatten sie diese Bedeutung in der Regel noch nicht; daher treten auch dort Erbverzichte später hervor.

Hiebei ist übrigens Eichhorn auch noch das zuzugeben, daß die Verzichte damals theilweise als Kautel erscheinen konnten, sofern einmal das volle Erbrecht der Töchter noch nicht allgemein anerkannt war, und dann auch noch in der Rücksicht, weil ihr Gegenstand in der Regel ein sehr gemischter und daher mehr oder weniger ungewisser war, sofern sich nämlich nicht immer vorausbestimmen ließ, ob nicht die Töchter durch das Zusammentreffen mit Söhnen

55) Staats- und Rechtsgeschichte §. 454. Anm. k).

Digitized by Google

von dem „Ansidel“ künftig werden ausgeschlossen werden. Doch möchte in dieser Hinsicht auf den von Bostel [56]), Eichhorn und Andern angeführten Verzicht v. J. 1226 (nicht 1227) kein gar großes Gewicht zu legen sein. In dieser Urkunde verzichtet Graf Simon von Saarbrück Namens seiner Gemahlin, geb. von Lothringen, zu Gunsten ihres Bruders Mathäus, Herzogs von Lothringen, auf die väterliche und mütterliche Erbschaft, mit dem Beisaze: „si quod habebat“ [57]). Dieser Beisatz beweist für die Kautel-Eigenschaft der Töchter-Verzichte schon darum nichts, weil der Verzicht, worin er gemacht ist, nicht auf eine künftig anfallende, sondern eine bereits angefallene Erbschaft sich bezieht, wobei es ungewiß ist, ob nicht die Verzichtende von dieser bei ihrer früheren Verheirathung bereits abgeschichtet war, also keine Rechte mehr hatte. Auch hatte die Mutter der Renunciantin in ihrem nicht lange zuvor (im Juny 1226) gefertigten Testamente ihre Töchter ebenso, wie ihre Söhne als ihre Erben genannt und am Schlusse gesagt: Filiae vero meae tale jus in haereditate habeant, quale debent [58]). Und wenn gleich auch diese Stelle sich unbestimmt ausdrückt, so erklärt sich

56) De origine renunciationum filiarum illustrium, Gissae 1746 Anhang p. 2.

57) Die Urkunde, nur auszugsweise angeführt bei Bostel l. c. ist abgedruckt bei Calmet histoire de Lorraine (Ausg. *von 1728*) (preuves p. 438. Die Worte des Verzichts lauten so: quod ego omne jus quod uxor mea, soror venerabilis domini Mathaei Ducis Loth. et March. in haereditate tam ex parte patris quam ex parte matris sibi provenieute habebat, *si quod habebat*, de consensu ipsius uxoris jam dictae, eidem nobili Duci praenominato plenius acquictavi et idem jus reliqui supra suam voluntatem libere et quiete. Das Wort „si“ oder „wenn“ ist unter Umständen auch nicht bedingungsweise zu nehmen, sondern für „weil“ oder „da“. S. Fertigung um die Herrschaft Schalzburg zwischen Zollern und Württemberg vom Jahre 1403. „vnd besunder die egenant frow Verena Gräfin von Zoler geborn von Kyburg (verzichtet) mit zopf vnd mit Brust vnd mit ir hant vnd mit des egenanten irs vogtz hant wan es ir hainstür vnd ir Morgengab anrürti:“ Meine Sammlung württ. Statutar-Rechte B. I. S. 153. In obigem Falle scheint es aber einen wirklichen Zweifel auszudrücken, da proveniente vorausgeht.

58) Calmet l. c. p. 439.

Digitized by Google

dieß so wie die Urkunde von 1226 bei genauerem Betracht daraus, daß die Erblasserin ihren älteren Sohn Theobald (an dessen Stelle nachher der andere Sohn Mathäus getreten war) zum alleinigen Erben, sowohl in den von ihrem Mann herrührenden Widdum- als in den von ihrem Vater ererbten eigenen Gütern auf- und angenommen, und die Versicherung beigefügt hatte, später das Gleiche auch mit der von ihrem Bruder etwa anfallenden Erbschaft zu thun [59]).

Ueberdiß ist weder in dem 7 Jahre früher, noch in dem ein paar Jahre nachher erfolgten Verzicht zweier andern Töchter aus dem Hause Lothringen, vermählter Gräfinnen von Holland und Kyburg, der angeführte Beisatz gemacht [60]). Auch findet sich derselbe meines Wissens in keiner bekannten früheren Urkunde. Ueberhaupt ist es der Geschichte unseres Rechtes angemessener, die Kautelen in späterer Zeit zu suchen, wo das römische Recht vorsichtig machte, als in der früheren, wo das Rechtsbewußtsein im Volke noch nicht verdunkelt war. Wenn daher auch in dem angeführten Verzicht eine Unsicherheit hinsichtlich des aufgegebenen Erbrechts hervorleuchtet, so ist dieselbe nicht daraus zu erklären, als ob etwa den Töchtern überall um jene Zeit kein Erbrecht zugeschrieben worden wäre, sondern daraus, daß dem Bruder gegenüber das Erbrecht zweifelhaft war. Eben weil man angefangen hatte, die Töchter mit den Brüdern gleichberechtigt zu halten, wurde ihr Verzicht zu Gunsten der leztern gefordert, und zwar ihr freiwilliger Verzicht [61]).

Das Erbrecht der Töchter seit dem Ende des 13. Jahrhunderts bis zum Anfang des 16. wird von Eichhorn (im Texte zu der angeführten Anmerkung) so dargestellt:

---

59) S. die Urkunden bei Calmet l. c. p. 424. 425.

60) De Bostel a. a. O. Calmet l. c. p. 341. In dem letzteren wird vielmehr gesagt, daß der Herzog zur Schadloshaltung seiner Schwester für die Erbschaft ihr die Burg und das Eigenthum zu Ulm nebst allen Zugehörden überlassen habe.

61) Urk. des Grafen Wilhelmus de Duingen von 1256 bei Kopp, Lehensproben Th. 1. S. 249. ceterum si fato mortis, filiis meis privabor, filia mea de Minzenberg hereditatem accipiet cum sororibus suis *justo modo* — — si vero filios habuero nulla a me habebit hereditatis portionem — idque de commotione domini Ulrici senioris — — ipsa inducetur *ut voluntarie renunciatur*.

Digitized by Google

Bei dem niedern Adel succedirte gewiß schon im 14. Jahrhundert überall in Deutschland die Tochter in das gesammte Erbe, wenn keine Söhne vorhanden waren, gleichwie beim hohen Adel das Herkommen sich zu Gunsten der Töchter neigte, je öfter diesen zum Nachtheil entfernterer Stammsvettern selbst das mit Lehen vermischte Erbe zugewendet wurde.

Daraus wird zu erklären gesucht, daß die Töchter bei ihren Verzichten schon im 15. Jahrhundert zuweilen den Anfall des Erbes sich vorbehalten haben, falls ihre Brüder keine leibliche Erben oder nur keine männliche Erben hinterlassen würden. Allein daß die Töchter gegen die Stamms-Vettern im Erbe zurückgestanden wären, läßt sich auch nach dem ältern Recht (das fränkische und thüringische ausgenommen) nicht behaupten; die Neuerung kann also nicht darin bestanden haben, daß sie ihnen vorgesetzt wurden, (denn darin stimmten das sächsische und schwäbische Recht überein) sondern nur darin, daß die Töchter jetzt häufiger, wie früher, zu Gunsten ihrer Brüder auf das gesammte väterliche Erbe, oft auch auf mütterliche und brüderliche Erbschaft verzichteten, und dadurch das strengere sächsische Recht zur Anwendung brachten.

Auf den Sachsenspiegel unmittelbar läßt sich freilich, wie auch Eichhorn bemerkt, diese Sitte nicht stützen, denn der Sachsenspiegel nimmt die Töchter von selbst als durch die Söhne im gesammten väterlichen, mütterlichen, brüderlichen und schwesterlichen Erbe ausgeschlossen an (s. §. 2); wohl aber wurde den Töchtern der Verzicht jetzt zuweilen durch Statuten zur Pflicht gemacht; oder es wurden geradezu auf diesem Wege die Töchter zum Besten der Söhne von der Erbfolge ausgeschlossen erklärt. Im letzteren Falle bedürfte es, wie schon Zasius, der auf die Einführung des römischen Rechts im südlichen Deutschland großen Einfluß hatte, richtig erkannte [62]), keines Verzichts, und wenn

62) U. Zasius ad L. 61: de V. O, cap. 2 concl. 3. Nam quamvis civitates non habeant hujusmodi consuetudines in Germania, tamen nobiles comuniter habeat haec statuta, maxime comites, sicut comites de Bitsh et domini de Rapoltstein, *quibus ego feci*, quod deinceps *non est necesse filias renunciare*, cum sint statuto exclusa, nihilominus renunciant ad cautelam abundantem.

Digitized by Google

er gleichwohl gefertigt wurde, war er bloße Vorsicht. Allein die Statuten weichen sehr unter einander ab.

1. In den meisten Statuten ist der Verzicht gleichwohl vorgeschrieben; aber mit verschiedenen Wirkungen, theils als bloße Form oder Cautel, indem ein Anspruch auf eigentliches Erbrecht oder den Pflichttheil gar nicht angenommen wurde, wie z. B. in dem bairischen Mandat v. 20. Apr. 1672 [63]), und auch wieder in dem Codex Maximilianeus [64]), theils als wirkliche Abfertigung. Im lezten Falle ist den Unverheiratheten (Nicht-Verzichtenden, Nicht-Abgeschichteten) das Erbrecht unverzogen; und auch durch Verheirathung und standesmäßige Ausstattung geht ihnen dasselbe nicht verloren, wenn sie nicht ausdrücklich verzichtet haben. Im ersteren Falle dagegen sind die Söhne den Töchtern nur zu standesmäßigem Unterhalt bis zur Verheirathung und zu einer, im Streitfalle durch Schiedsrichter oder das ordentliche Gericht zu ermittelnden, Ausstattung verbunden. Eigenthümlich sind die von Eichhorn §. 569 Note e angeführten östreichischen Gewohnheiten [65]). Hiernach wird die nicht verzichtende Tochter nur alsdann von dem väterlichen Vermögen ausgeschlossen, wenn sie unverheirathet, nicht aber, wenn sie verheirathet ist, und Vater oder Brüder versäumt hatten, den Verzicht zu fordern.

2. Einige ziehen den Töchtern nicht blos die Söhne, sondern auch die Stammvettern vor, aber nur im Erbstammgut, z. B. das bremische Ritterrecht von 1577 [66]) (Tit. 1. §. 1.) und viele Familien-Statuten. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er die übrige Erbschaft betrifft. Nach andern ist zwar die Tochter von der väterlichen Erbschaft überhaupt ausgeschlossen [67]), nicht aber von der mütterlichen u. s. w. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er sich auch auf die mütterliche, brüderliche oder schwesterliche Erbschaft bezieht.

---

63) Bei Lünig, corp. juris feud. germ. II. S. 523 f.

64) Thl. III, Cap. 11 §. 8; bezieht sich jedoch nur auf den gefreieten Landes-Adel.

65) Walther Consuetud. Austriae, Tractat 1. Cap 6.

66) Bei Puffendorf Observ. juris IV. App. S. 6.

67) Z. B. nach dem i. J. 1778 bestätigten Herkommen der osnabrükichen Ritterschaft s. Mösers patriot. Phantasien Bd. IV. Nr. 53 u. 54.



Digitized by Google

Mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit der Statuten meint Reinhard [68]):

> Entweder seynd verbindliche Haußverträge und Statuten vorhanden, oder nicht? In jenem Fall geben dieselbe die Richtschnur, wornach die Verzichte beurtheilt werden müssen: Denn wann erwehnte Statuten die Weiber durchgehends solang ausschliessen, als Mannsstamm vorhanden: So ist die Rechnung bald gemacht, woher es kommt, daß die Töchtern zu einem Verzicht, welcher sonst freiwillig seyn muß, gezwungen werden können, und warum man sie vor die welche wirklich verziehen haben, zu halten vermag, wann sie sich dagegen sperren. Ich setze aber mit Fleiß, verbindliche Statuten. — — Seynd aber gar keine Statuten vorhanden; so kann die Schuldigkeit des Verzichts weiter nicht, als zum Besten derer Söhne, erstrecket werden; und wann die Töchter auf mehr andere Fälle verzeihen; so geschiehet es aus pur lauterem guten Willen, und mögte ich den gerne sehen, welcher behaupten könnte, daß alsdann die Töchter gleichwolen pro *renunciatis* gehalten werden mögen, wenn sie dem weitergesipten Mannsstamm zum Beßten, entweder nicht verziehen haben, oder solches nicht thun wollen.

Diese Unterscheidung ist nur in sofern ungenau, als daraus hervorzugehen scheint, daß die Töchter gegen die Söhne auch ohne Verzicht hinsichtlich aller und jeder Erbschaft zurückstehen müssen, und als anderer Seits auf die eigenthümliche Stammgutsfolge keine Rücksicht genommen ist, welche auch bei dem ritterschaftlichen Adel jedenfalls seit dem 16. Jahrhundert als regelmäßige Einrichtung angesehen werden kann, und nicht blos aus Statuten, welche den Ausschluß der Töchter direct verordnen, sondern auch schon aus der allgemeinen Bestimmung in denselben: daß gewisse Güter bei dem Stamm und Namen beständig erhalten werden sollen, und aus dem entschiedenen Herkommen für jenen Ausschluß zu folgern ist. Daß die Töchter bei der Erbfolge in den Stammgütern den Stammvettern nachstehen, und nur in Hinsicht auf die neuerworbenen Güter ihre nähere Verwandtschaft zum lezten Besizer geltend machen kön-

68) Von dem Erbfolgsrecht der Töchter S. 111.

nen, ist zwar von Cramer [69]), Pütter und Andern unrichtig aus dem alten deutschen Rechte zu beweisen gesucht worden; auch ward damit von Cramer die heillose Lehre von der Regredienterbschaft und von Pütter die in ihren Folgerungen nicht minder anstößige Lehre von einer successio ex pacto et providentia majorum in Verbindung gebracht; allein das Verdienst muß jenen Schriftstellern bei aller Uebertreibung ihrer Lehrsätze gelassen werden, daß sie auf den nothwendigen Unterschied zwischen dem Stammgute und der übrigen Verlassenschaft hinsichtlich des Erbrechts der Töchter hingewiesen haben. Der Fehler in ihrer Auffassung lag also nicht darin, daß sie dem Verzicht eine zu breite Unterlage gegeben, sondern daß sie ihn zunächst auf das Stammgut bezogen haben, worauf er als solches der Regel nach gar nicht bezogen werden sollte.

Wir kehren zurück zu der Frage über die Bedeutung des Verzichts. Daß die Verzichte der Töchter in der Regel etwas Freiwilliges seien und blos daraus, daß die Männer die Weiber factisch ausgeschlossen haben, auf die Gewohnheit, daß diese von Rechtswegen schon ausgeschlossen seien, nicht zu schließen sei, wenn nicht zu gleich bewiesen werde, daß sie vermöge jener Gewohnheit ausgeschlossen worden, haben auch die Juristen des 17. Jahrhunderts schon behauptet [70]).

Wir müssen indessen bei den Ansichten dieser Zeit wieder näher verweilen, weil Eichhorn §. 540 u. 569. folgerichtig zu seiner geschichtlichen Erklärung meint, die Practiker hätten sich durch ihre romanisirende Richtung verleiten lassen, den Verzichten allzuviel Gewicht beizulegen [71]). Zunächst müssen wir die Schriftsteller des

69) Opuscula tom. V. Der größere Theil dieses Bands ist mit Abhandlungen in dieser Richtung ausgefüllt, s. namentl. S. 1—35. 35—138. Daß Cramer bei der Controverse über die Regredienterbschaft das deutsche Recht als abgekommen und das römische Recht als Regel zu beweisen suchte, ist bekannt.

70) Nic. Betsius tract. de statutis, pactis et consuetudinibus fam. illustr. et nob. cap. 8. §. 30. (Ed. Schilteri p. 272) — in consuetudine excludente foeminas, non sufficere probare, masculos exclusisse foeminas, nisi quoque probetur, quod excluserint vi illius consuetudinis.

71) In einer andern Beziehung war diß allerdings später der Fall, indem aus der Verzichts-Clausel: „auf ledigen Anfall" das Regre-



Digitized by Google

17. Jahrhunderts gegen die Behauptung in Schutz nehmen, als ob sie nur da, wo durch Landesgesetze oder entschiedenen Landesgebrauch der Ausschluß der Töchter festgesetzt worden, diesen Ausschluß anerkannt haben; auch die Familiengesetze und erweisliches Familienherkommen wurden von ihnen als Rechtsquelle geachtet.

Einige meinten nun allerdings, daß eine Gewohnheit oder Sitte, wodurch die adelichen Frauenzimmer ausgeschlossen werden, gar nicht gelte [72]), quod hoc respicit decisionem causarum, das heißt, weil dadurch in die Jurisdiction oder Gesetzgebung eingegriffen werde [73]). Allein die herrschende Meinung gieng doch dahin, daß sowohl die reichsständischen Häuser, als auch die Familien des unmittelbaren Reichsadels, d. h. die reichsritterschaftlichen Familien, zumal wenn sie selbst jurisdictionem vel merum imperium haben, eine Gewohnheit, Satzung oder Statut jener Art bei sich einführen können, und daß die kaiserliche Confirmation diesen gegenüber, wenn gleich räthlich, doch nicht nothwendig sey [74]). Dabei aber behaupten die *älteren* Practiker, daß von der Verzichtleistung, tanquam re merae facultatis, kein Schluß auf die Gewohnheit des Ausschlusses zu machen sei [75]). Sollte diese Ansicht unrichtig sein? Ich glaube *es nicht*.

dienterbrecht an Stammgütern, Land u. Leuten u. s. f. *abgeleitet* wurde; allein hier sind auch die Germanisten nicht *außer* Schuld.

72) Tiraquell, de jure primogen. Q. 16. Nr. 6. i. f.

73) Betsius l. c. cap. 1. p. 31. talia enim statuta condere, est jurisdictionis.

74) Besold, in cons. Tubingensia P. 1. cons. 13 §. 14. Lauterbach, Resp. bei Harpprecht, tract. acad. tom. II p. 122. F. Chr. Harpprecht Cons. Tub. Vol. 1. Cons. 1. n. 111, wo als unstreitiger Grundsatz der Rechtslehrer angeführt wird: quod tales Foeminarum renuntiationes tam pacto quam statuto, aut consuetudine introduci possunt. Struvius de Allodiis imperii c. 4. §. 4. i. f. Moser, Staatsrecht Thl. XVI. S. 73. §. 7.

75) Mynsinger responsa dec. 1. resp. 10 N. 31. Barth. Kellenbenz, de renunciatione success. quaest. 7. N. 6. seq. (bei Schilter tract. praec. tom. I. p. 686. sq.) Meichsner decis. camerae imp. tom. III. dec. 14. p. 158 seq. Chr. Besold. Thes. pract. voce „Verzicht.“ Einige zogen aus dem Vordersatze, weil von den Töchtern freiwillig verzichtet werde, die umgekehrte Folgerung: daß auf eine herkömmliche Verbindlichkeit allerdings zu schließen sey, indem sie sonst nicht verzichten würden: quod feminae nil donare praesu-

Digitized by Google

War nämlich der weibliche Erbverzicht ursprünglich keineswegs bloße Form, sondern die Folge einer Abschichtung, sei es von dem Erbgut des Hauses, sei es von dem übrigen Eigen oder der fahrenden Habe, so konnte er zu einer bloßen Form oder nützlichen Vorsicht nur werden, wenn die Enterbung der Weiber durch einen Familien-Vertrag oder ein allgemeines Statut zum Gesetz geworden war, keineswegs aber dadurch, daß in einer Familie herkömmlich solche Verzichte, zumal unter verschiedenen Bedingungen, gefordert und ausgestellt wurden. Gerade, daß ausdrückliche Verzichte gefordert wurden, spricht vielmehr für ihre practische Bedeutung. Hiermit soll nicht geläugnet werden, daß aus einer Reihe von Handlungen ein Gewohnheitsrecht der Familie von bestimmtem Inhalte sich bilden könne. Allein zunächst kann doch der einzelne Verzicht nur für den einzelnen Fall eine Regel abgeben, nicht aber für andere Fälle. Auch aus der stetigen Wiederkehr einer Vertragsbestimmung kann allerdings unter Umständen auf ein Gewohnheitsrecht geschlossen werden. Allein wie wenn schon das Dasein und die Fassung des Vertrags der Vermuthung widerspricht, daß ihr Inhalt Rechtens sei, indem sonst eine Vereinbarung überflüssig gewesen wäre? Hier beweist der Vertrag, und sei er noch so oft wiederholt, statt von der Existenz eines Rechtssatzes Zeugniß zu geben, vielmehr dessen Nichtexistenz [76]). So verhält es sich auch mit den renunciativen Erbverträgen, deren Vorkommen, wie das der Testamente, im Allgemeinen weit eher eine Vermuthung gegen als für die Ansicht begründen möchte, daß ihr Inhalt schon von selbst im Geseze begründet sei. Die Observanz der Erbverzichte, woraus Eichhorn auf den Grundsatz schließen will, daß die Töchter schon

---

muntur (fr. 16 D. de donat. inter Vir. et U. fr. 4. §. 1 ad Senat. Cons. Vellej.) Nic. Everhardi jun. Cons. Vol. 1. cons. 6. N. 13. Allein bei solcher Ansicht würde für die Lehre, daß durch die Verzichte ein Herkommen für den Ausschluß unmittelbar begründet werde, noch weniger herauskommen; denn nach dieser Lehre müßten die Verzichte doch ursprünglich wahre Verzichte, das heißt eine wahre liberalitas gewesen sein. Uebrigens könnte die Vermuthung wider den animus donandi ebensogut gegen die Männer geltend gemacht werden, welche die Weiber abgefunden haben; denn nemo suum jactare praesumitur. fr. 25 pr. D. de prob. et praes.

76) Puchta, das Gewohnheits-Recht S. 34.

Digitized by Google

von Rechtswegen von der Erbschaft ausgeschlossen gewesen [77]), müßte daher nicht blos für die Verzichte oder deren Nothwendigkeit im objectiven Sinne [78]), vielmehr zunächst dafür sprechen, daß die Töchter, auch wenn sie nicht verzichtet, gleichwohl als verzichtet angenommen wurden, oder wenigstens dafür, daß die Töchter zu Leistung des Verzichts als der Erfüllung einer bloßen Formalität (subjective Nothwendigkeit) rechtlich verbunden gehalten wurden; wogegen aber schon der Umstand spricht, daß in den einzelnen Verzichtsbriefen immer versichert wird, wie die Verzichtende lediglich durch ihren freien Willen und durch besondere Rücksicht auf ihre Brüder zu verzichten bewogen worden. Die älteren Juristen, indem sie die Gültigkeit der Gewohnheit von einer stillschweigenden Billigung der gesetzgebenden Gewalt ableiteten, und daher auf Seite der letztern den animus introducendi forderten [79]), konnten consequenterweise zu der Eichhornschen Ansicht nicht gelangen; denn, wenn auch jener animus unter gewissen Bedingungen (consuetudo rationabilis, frequentia actuum et temporis diuturnitas) vorausgesetzt wurde, so kam es doch hierbei auf die Absicht der Einzelnen (qui diuturnis moribus utuntur) weniger an, als auf das äußere Gepräge ihrer Handlung und deren Verhältniß zur Gesetzgebung, welche einen Verzicht allerdings nicht überflüssig machte. Aber auch bei derjenigen Ansicht, wonach der consensus utentium oder wie man sich jetzt ausdrückt, das allgemeine Volks- oder Standes-Bewußtseyn entscheidet, kann es nicht genügen, daß eine Reihe von Verzichten statt gefunden, um das Recht, worauf verzichtet, schon

---

77) Staats- und Rechtsgesch. 4. Ausg. §. 454. 569.

78) In dieser objectiven, nicht in der subjectiven Bedeutung, welche erst Erfindung der Schule ist, wird das Wort Nothwendigkeit zuweilen in den Urkunden gebraucht, z. B. in der Erbeinigung des Hauses Sayn-Witgenstein v. 1607 bei Lünig, Reichsarchiv P. spec. c. 2. (Bd. 11) S. 430. „weil die Renunciationes nit ex necessitate, sondern allein zu Stamms- und Namens Erhaltung erfordert werden.“ Hier, wo die Nothwendigkeit der Verzichte im objectiven Sinne nicht anerkannt ist, wird eben daraus die Nothwendigkeit im subjectiven Sinne für die Töchter gefolgert, sich der Ausstellung als einer schuldigen Formalität zu unterziehen.

79) Z. B. Lauterbach in einem Tübinger Responsum, bei F. Ch. Harpprecht tract. acad. tom. II. p. 30.)

Digitized by Google

zuvor als nicht vorhanden anzunehmen, sondern es müßte zugleich bewiesen werden, daß die Verzichte aus der rechtlichen Ueberzeugung von ihrer Nothwendigkeit (opinio necessitatis s. obligationis) hervorgegangen. Die äußere Thatsache des wiederholten Verzichts beweist nämlich nach dieser Ansicht nichts: denn diese kann Folge verschiedener individueller Beweggründe sein; und selbst wenn wir einen gemeinsamen Beweggrund annehmen wollen, warum sollte dieser nicht vielmehr darin, wo ihn die Urkunden übereinstimmend selbst finden, nämlich in dem guten Willen, das Wohl des Mannsstamms zu fördern [80]), gesucht werden, als in einem rechtlichen Zwange, den schon der Begriff des Verzichts ausschließt!

Auch die Schriftsteller und die Praxis des 18. Jahrhunderts verlangen daher für die behauptete Nothwendigkeit des Verzichts, tanquam res facti, genügenden Beweis [81]). Namentlich äußert sich hierüber der Verfasser und Ausleger des bairischen Codex Maximilianeus [82]), welcher im Uebrigen den Verzichten sehr das Wort redet, folgendermaßen:

> Es ist auch zum dießfälligen Beweis nicht genug, daß man Renunciationsactus beibringt; denn da solche auch ex libera voluntate haben geschehen können, so sind sie tanquam actus mere spontanei, etsi plurimi et continui sint, nicht hinlänglich, sofern nicht animus introducendae consuetudinis auf andere Art genugsam erscheint.

Nur bei den reichsständischen Häusern glaubte Moser [83]) eine Ausnahme machen zu müssen; allein der Grund war, daß hier eine observantia notoria von ihm angenommen wurde, welche den besondern Beweis im einzelnen Falle überflüssig macht, indem aller-

80) Ohne Zweifel wirkte hierbei die Standesrücksicht mit, daß es anständig, der guten Sitte gemäß sei, zu verzichten; allein solche Rücksichten schließen den freien Willen nicht aus, sind also nicht als eine Rechtsnothwendigkeit zu betrachten. Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 33.

81) Cramer, D. de fil. nobil. vi Consuet. vel pact. fam. renunc. c. 1. §. 8. 9: per Pacta renunciativa continuo inita, etiamsi frequentissima, consuetudo renunciandi introduci nequit. Siebenkens Beiträge zum deutschen Recht Thl. II. S. 98 f.

82) v. Kreittmayr, Anm. zum bair. Landrecht Thl. III. c. 11. §. 2.

83) Staatsrecht Thl. XVI. S. 71.

Digitized by Google

von dem „Ansidel" künftig werden ausgeschlossen werden. Doch möchte in dieser Hinsicht auf den von Bostel [56]), Eichhorn und Andern angeführten Verzicht v. J. 1226 (nicht 1227) kein gar großes Gewicht zu legen sein. In dieser Urkunde verzichtet Graf Simon von Saarbrück Namens seiner Gemahlin, geb. von Lothringen, zu Gunsten ihres Bruders Mathäus, Herzogs von Lothringen, auf die väterliche und mütterliche Erbschaft, mit dem Beisaze: „si quod habebat" [57]). Dieser Beisatz beweist für die Kautel-Eigenschaft der Töchter-Verzichte schon darum nichts, weil der Verzicht, worin er gemacht ist, nicht auf eine künftig anfallende, sondern eine bereits angefallene Erbschaft sich bezieht, wobei es ungewiß ist, ob nicht die Verzichtende von dieser bei ihrer früheren Verheirathung bereits abgeschichtet war, also keine Rechte mehr hatte. Auch hatte die Mutter der Renunciantin in ihrem nicht lange zuvor (im Juny 1226) gefertigten Testamente ihre Töchter ebenso, wie ihre Söhne als ihre Erben genannt und am Schlusse gesagt: Filiae vero meae tale jus in haereditate habeant, quale debent [58]). Und wenn gleich auch diese Stelle sich unbestimmt ausdrückt, so erklärt sich

---

56) De origine renunciationum filiarum illustrium, Gissae 1746 Anhang p. 2.

57) Die Urkunde, nur auszugsweise angeführt bei Bostel l. c. ist abgedruckt bei Calmet histoire de Lorraine (Ausg. von 1728) (preuves p. 438. Die Worte des Verzichts lauten so: quod ego omne jus quod uxor mea, soror venerabilis domini Mathaei Ducis Loth. et March. in haereditate tam ex parte patris quam ex parte matris sibi provenieute habebat, *si quod habebat,* de consensu ipsius uxoris jam dictae, eidem nobili Duci praenominato plenius acquictavi et idem jus reliqui supra suam voluntatem libere et quiete. Das Wort „si" oder „wenn" ist unter Umständen auch nicht bedingungsweise zu nehmen, sondern für „weil" oder „da". S. Fertigung um die Herrschaft Schalzburg zwischen Zollern und Würtemberg vom Jahre 1403. „vnd besunder die egenant frow Verena Gräfin von Zoler geborn von Kyburg (verzichtet) mit zopf vnd mit Brust vnd mit ir hant vnd mit des egenanten irs vogts hant wan es ir hainstür vnd ir Morgengab anrürti:" Meine Sammlung württ. Statutar-Rechte B. I. S. 153. In obigem Falle scheint es aber einen wirklichen Zweifel auszudrücken, da proveniente vorausgeht.

58) Calmet l. c. p. 439.

Digitized by Google

dieß so wie die Urkunde von 1226 bei genauerem Betracht daraus, daß die Erblasserin ihren älteren Sohn Theobald (an dessen Stelle nachher der andere Sohn Mathäus getreten war) zum alleinigen Erben, sowohl in den von ihrem Mann herrührenden Widdum- als in den von ihrem Vater ererbten eigenen Gütern auf- und angenommen, und die Versicherung beigefügt hatte, später das Gleiche auch mit der von ihrem Bruder etwa anfallenden Erbschaft zu thun [59]).

Ueberdiß ist weder in dem 7 Jahre früher, noch in dem ein paar Jahre nachher erfolgten Verzicht zweier andern Töchter aus dem Hause Lothringen, vermählter Gräfinnen von Holland und Kyburg, der angeführte Beisatz gemacht [60]). Auch findet sich derselbe meines Wissens in keiner bekannten früheren Urkunde. Ueberhaupt ist es der Geschichte unseres Rechtes angemessener, die Kautelen in späterer Zeit zu suchen, wo das römische Recht vorsichtig machte, als in der früheren, wo das Rechtsbewußtsein im Volke noch nicht verdunkelt war. Wenn daher auch in dem angeführten Verzicht eine Unsicherheit hinsichtlich des aufgegebenen Erbrechts hervorleuchtet, so ist dieselbe nicht daraus zu erklären, als ob etwa den Töchtern überall um jene Zeit kein Erbrecht zugeschrieben worden wäre, sondern daraus, daß dem Bruder gegenüber das Erbrecht zweifelhaft war. Eben weil man angefangen hatte, die Töchter mit den Brüdern gleichberechtigt zu halten, wurde ihr Verzicht zu Gunsten der leztern gefordert, und zwar ihr freiwilliger Verzicht [61]).

Das Erbrecht der Töchter seit dem Ende des 13. Jahrhunderts bis zum Anfang des 16. wird von Eichhorn (im Texte zu der angeführten Anmerkung) so dargestellt:

---

59) S. die Urkunden bei Calmet l. c. p. 424. 425.

60) De Bostel a. a. O. Calmet l. c. p. 341. In dem letzteren wird vielmehr gesagt, daß der Herzog zur Schadloshaltung seiner Schwester für die Erbschaft ihr die Burg und das Eigenthum zu Ulm nebst allen Zugehörden überlassen habe.

61) Urk. des Grafen Wilhelmus de Duingen von 1236 bei Kopp, Lehensproben Th. 1. S. 249. ceterum si fato mortis, filiis meis privabor, filia mea de Minzenberg hereditatem accipiet cum sororibus suis *justo modo* — — si vero filios habuero nulla a me habebit hereditatis portionem — idque de commotione domini Ulrici senioris — — ipsa inducetur *ut voluntarie renunctietur.*

Digitized by Google

Bei dem niedern Adel succedirte gewiß schon im 14. Jahrhundert überall in Deutschland die Tochter in das gesammte Erbe, wenn keine Söhne vorhanden waren, gleichwie beim hohen Adel das Herkommen sich zu Gunsten der Töchter neigte, je öfter diesen zum Nachtheil entfernterer Stammsvettern selbst das mit Lehen vermischte Erbe zugewendet wurde.

Daraus wird zu erklären gesucht, daß die Töchter bei ihren Verzichten schon im 15. Jahrhundert zuweilen den Anfall des Erbes sich vorbehalten haben, falls ihre Brüder keine leibliche Erben oder nur keine männliche Erben hinterlassen würden. Allein daß die Töchter gegen die Stamms-Vettern im Erbe zurückgestanden wären, läßt sich auch nach dem ältern Recht (das fränkische und thüringische ausgenommen) nicht behaupten; die Neuerung kann also nicht darin bestanden haben, daß sie ihnen vorgesetzt wurden, (denn darin stimmten das sächsische und schwäbische Recht überein) sondern nur darin, daß die Töchter jetzt häufiger, wie früher, zu Gunsten ihrer Brüder auf das gesammte väterliche Erbe, oft auch auf mütterliche und brüderliche Erbschaft verzichteten, und dadurch das strengere sächsische Recht zur Anwendung brachten.

Auf den Sachsenspiegel unmittelbar läßt sich freilich, wie auch Eichhorn bemerkt, diese Sitte nicht stützen, denn der Sachsenspiegel nimmt die Töchter von selbst als durch die Söhne im gesammten väterlichen, mütterlichen, brüderlichen und schwesterlichen Erbe ausgeschlossen an (s. §. 2); wohl aber wurde den Töchtern der Verzicht jetzt zuweilen durch Statuten zur Pflicht gemacht; oder es wurden geradezu auf diesem Wege die Töchter zum Besten der Söhne von der Erbfolge ausgeschlossen erklärt. Im letzteren Falle bedürfte es, wie schon Zasius, der auf die Einführung des römischen Rechts im südlichen Deutschland großen Einfluß hatte, richtig erkannte [62]), keines Verzichts, und wenn

---

62) U. Zasius ad L. 61: de V. O, cap. 2 concl. 3. Nam quamvis civitates non habeant hujusmodi consuetudines in Germania, tamen nobiles comuniter habeat haec statuta, maxime comites, sicut comites de Bitsh et domini de Rapoltstein, *quibus ego feci*, quod deinceps *non est necesse filias renunciare*, cum sint statuto exclusa, nihilominus renunciant ad cautelam abundantem.

er gleichwohl gefertigt wurde, war er bloße Vorsicht. Allein die Statuten weichen sehr unter einander ab.

1. In den meisten Statuten ist der Verzicht gleichwohl vorgeschrieben; aber mit verschiedenen Wirkungen, theils als bloße Form oder Cautel, indem ein Anspruch auf eigentliches Erbrecht oder den Pflichttheil gar nicht angenommen wurde, wie z. B. in dem bairischen Mandat v. 20. Apr. 1672 [63]), und auch wieder in dem Codex Maximilianeus [64]), theils als wirkliche Abfertigung. Im lezten Falle ist den Unverheiratheten (Nicht-Verzichtenden, Nicht-Abgeschichteten) das Erbrecht unverzogen; und auch durch Verheirathung und standesmäßige Ausstattung geht ihnen dasselbe nicht verloren, wenn sie nicht ausdrücklich verzichtet haben. Im ersteren Falle dagegen sind die Söhne den Töchtern nur zu standesmäßigem Unterhalt bis zur Verheirathung und zu einer, im Streitfalle durch Schiedsrichter oder das ordentliche Gericht zu ermittelnden, Ausstattung verbunden. Eigenthümlich sind die von Eichhorn §. 569 Note e angeführten östreichischen Gewohnheiten [65]). Hiernach wird die nicht verzichtende Tochter nur alsdann von dem väterlichen Vermögen ausgeschlossen, wenn sie unverheirathet, nicht aber, wenn sie verheirathet ist, und Vater oder Brüder versäumt hatten, den Verzicht zu fordern.

2. Einige ziehen den Töchtern nicht blos die Söhne, sondern auch die Stammvettern vor, aber nur im Erbstammgut, z. B. das bremische Ritterrecht von 1577 [66]) (Tit. 1. §. 1.) und viele Familien-Statuten. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er die übrige Erbschaft betrifft. Nach andern ist zwar die Tochter von der väterlichen Erbschaft überhaupt ausgeschlossen [67]), nicht aber von der mütterlichen u. s. w. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er sich auch auf die mütterliche, brüderliche oder schwesterliche Erbschaft bezieht.

---

63) Bei Lünig, corp. juris feud. germ. II. S. 523 f.

64) Thl. III, Cap. 11 §. 8; bezieht sich jedoch nur auf den gefreieten Landes-Adel.

65) Walther Consuetud. Austriae, Tractat 1. Cap. 6.

66) Bei Puffendorf Observ. juris IV. App. S. 6.

67) Z. B. nach dem i. J. 1778 bestätigten Herkommen der osnabrückischen Ritterschaft s. Mösers patriot. Phantasien Bd. IV. Nr. 53 u. 54.



Digitized by Google

Mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit der Statuten meint Reinhard [68]:

> Entweder seynd verbindliche Haußverträge und Statuten vorhanden, oder nicht? In jenem Fall geben dieselbe die Richtschnur, wornach die Verzichte beurtheilt werden müssen: Denn wann erwehnte Statuten die Weiber durchgehends solang ausschliessen, als Mannsstamm vorhanden: So ist die Rechnung bald gemacht, woher es kommt, daß die Töchtern zu einem Verzicht, welcher sonst freiwillig seyn muß, gezwungen werden können, und warum man sie vor die welche wirklich verziehen haben, zu halten vermag, wann sie sich dagegen sperren. Ich setze aber mit Fleiß, verbindliche Statuten. — — Seynd aber gar keine Statuten vorhanden; so kann die Schuldigkeit des Verzichts weiter nicht, als zum Besten derer Söhne, erstrecket werden; und wann die Töchter auf mehr andere Fälle verzeihen; so geschiehet es aus pur lauterem guten Willen, und mögte ich den gerne sehen, welcher behaupten könnte, daß alsdann die Töchter gleichwolen pro renunciatis gehalten werden mögen, wenn sie dem weitergesipten Mannsstamm zum Beßten, entweder nicht verziehen haben, oder solches nicht thun wollen.

Diese Unterscheidung ist nur in sofern ungenau, als daraus hervorzugehen scheint, daß die Töchter gegen die Söhne auch ohne Verzicht hinsichtlich aller und jeder Erbschaft zurückstehen müssen, und als anderer Seits auf die eigenthümliche Stammgutsfolge keine Rücksicht genommen ist, welche auch bei dem ritterschaftlichen Adel jedenfalls seit dem 16. Jahrhundert als regelmäßige Einrichtung angesehen werden kann, und nicht blos aus Statuten, welche den Ausschluß der Töchter direct verordnen, sondern auch schon aus der allgemeinen Bestimmung in denselben: daß gewisse Güter bei dem Stamm und Namen beständig erhalten werden sollen, und aus dem entschiedenen Herkommen für jenen Ausschluß zu folgern ist. Daß die Töchter bei der Erbfolge in den Stammgütern den Stammvettern nachstehen, und nur in Hinsicht auf die neuerworbenen Güter ihre nähere Verwandtschaft zum lezten Besizer geltend machen kön-

68) Von dem Erbfolgsrecht der Töchter S. 111.

Digitized by Google

nen, ist zwar von Cramer [69]), Pütter und Andern unrichtig aus dem alten deutschen Rechte zu beweisen gesucht worden; auch ward damit von Cramer die heillose Lehre von der Regredienterbschaft und von Pütter die in ihren Folgerungen nicht minder anstößige Lehre von einer successio ex pacto et providentia majorum in Verbindung gebracht; allein das Verdienst muß jenen Schriftstellern bei aller Uebertreibung ihrer Lehrsätze gelassen werden, daß sie auf den nothwendigen Unterschied zwischen dem Stammgute und der übrigen Verlassenschaft hinsichtlich des Erbrechts der Töchter hingewiesen haben. Der Fehler in ihrer Auffassung lag also nicht darin, daß sie dem Verzicht eine zu breite Unterlage gegeben, sondern daß sie ihn zunächst auf das Stammgut bezogen haben, worauf er als solches der Regel nach gar nicht bezogen werden sollte.

Wir kehren zurück zu der Frage über die Bedeutung des Verzichts. Daß die Verzichte der Töchter in der Regel etwas Freiwilliges seien und blos daraus, daß die Männer die Weiber factisch ausgeschlossen haben, auf die Gewohnheit, daß diese von Rechtswegen schon ausgeschlossen seien, nicht zu schließen sei, wenn nicht zu gleich bewiesen werde, daß sie vermöge jener Gewohnheit ausgeschlossen worden, haben auch die Juristen des 17. Jahrhunderts schon behauptet [70]).

Wir müssen indessen bei den Ansichten dieser Zeit wieder näher verweilen, weil Eichhorn §. 540 u. 569. folgerichtig zu seiner geschichtlichen Erklärung meint, die Practiker hätten sich durch ihre romanisirende Richtung verleiten lassen, den Verzichten allzuviel Gewicht beizulegen [71]). Zunächst müssen wir die Schriftsteller des

69) Opuscula tom. V. Der größere Theil dieses Bands ist mit Abhandlungen in dieser Richtung ausgefüllt, s. namentl. S. 1—35. 35—138. Daß Cramer bei der Controverse über die Regredienterbschaft das deutsche Recht als abgekommen und das römische Recht als Regel zu beweisen suchte, ist bekannt.

70) Nic. Betsius tract. de statutis, pactis et consuetudinibus fam. illustr. et nob. cap. 8. §. 30. (Ed. Schilteri p. 272) — in consuetudine excludente foeminas, non sufficere probare, masculos exclusisse foeminas, nisi quoque probetur, quod excluserint vi illius consuetudinis.

71) In einer andern Beziehung war diß allerdings später der Fall, indem aus der Verzichts-Clausel: „auf ledigen Anfall" das Regre-



Digitized by Google

17. Jahrhunderts gegen die Behauptung in Schutz nehmen, als ob sie nur da, wo durch Landesgesetze oder entschiedenen Landesgebrauch der Ausschluß der Töchter festgesetzt worden, diesen Ausschluß anerkannt haben; auch die Familiengesetze und erweisliches Familienherkommen wurden von ihnen als Rechtsquelle geachtet.

Einige meinten nun allerdings, daß eine Gewohnheit oder Sitte, wodurch die adelichen Frauenzimmer ausgeschlossen werden, gar nicht gelte [72]), quod hoc respicit decisionem causarum, das heißt, weil dadurch in die Jurisdiction oder Gesetzgebung eingegriffen werde [73]). Allein die herrschende Meinung gieng doch dahin, daß sowohl die reichsständischen Häuser, als auch die Familien des unmittelbaren Reichsadels, d. h. die reichsritterschaftlichen Familien, zumal wenn sie selbst jurisdictionem vel merum imperium haben, eine Gewohnheit, Satzung oder Statut jener Art bei sich einführen können, und daß die kaiserliche Confirmation diesen gegenüber, wenn gleich räthlich, doch nicht nothwendig sey [74]). Dabei aber behaupten die *älteren* Practiker, daß von der Verzichtleistung, tanquam re merae facultatis, kein Schluß auf die Gewohnheit des Ausschlusses zu machen sei [75]). Sollte diese Ansicht unrichtig sein? Ich glaube *es nicht*.

---

dienterbrecht an Stammgütern, Land u. Leuten u. s. f. abgeleitet wurde; allein hier sind auch die Germanisten nicht außer Schuld.

72) Tiraquell, de jure primogen. Q. 16. Nr. 6. i. f.

73) Betsius l. c. cap. 1. p. 31. talia enim statuta condere, est jurisdictionis.

74) Besold, in cons. Tubingensia P. 1. cons. 13 §. 14. Lauterbach, Resp. bei Harpprecht, tract. acad. tom. II p. 122. F. Chr. Harpprecht Cons. Tub. Vol. 1. Cons. 1. n. 111, wo als unstreitiger Grundsatz der Rechtslehrer angeführt wird: quod tales Foeminarum renuntiationes tam pacto quam statuto, aut consuetudine introduci possunt. Struvius de Allodiis imperii c. 4. §. 4. i. f. Moser, Staatsrecht Thl. XVI. S. 73. §. 7.

75) Mynsinger responsa dec. 1. resp. 10 N. 31. Barth. Kellenbenz, de renunciatione success. quaest. 7. N. 6. seq. (bei Schilter tract. praec. tom. I. p. 686. sq.) Meichsner decis. camerae imp. tom. III. dec. 14. p. 158 seq. Chr. Besold. Thes. pract. voce „Verzicht." Einige zogen aus dem Vordersatze, weil von den Töchtern freiwillig verzichtet werde, die umgekehrte Folgerung: daß auf eine herkömmliche Verbindlichkeit allerdings zu schließen sey, indem sie sonst nicht verzichten würden: quod feminae nil donare praesu-

War nämlich der weibliche Erbverzicht ursprünglich keineswegs bloße Form, sondern die Folge einer Abschichtung, sei es von dem Erbgut des Hauses, sei es von dem übrigen Eigen oder der fahrenden Habe, so konnte er zu einer bloßen Form oder nützlichen Vorsicht nur werden, wenn die Enterbung der Weiber durch einen Familien-Vertrag oder ein allgemeines Statut zum Gesetz geworden war, keineswegs aber dadurch, daß in einer Familie herkömmlich solche Verzichte, zumal unter verschiedenen Bedingungen, gefordert und ausgestellt wurden. Gerade, daß ausdrückliche Verzichte gefordert wurden, spricht vielmehr für ihre practische Bedeutung. Hiermit soll nicht geläugnet werden, daß aus einer Reihe von Handlungen ein Gewohnheitsrecht der Familie von bestimmtem Inhalte sich bilden könne. Allein zunächst kann doch der einzelne Verzicht nur für den einzelnen Fall eine Regel abgeben, nicht aber für andere Fälle. Auch aus der stetigen Wiederkehr einer Vertragsbestimmung kann allerdings unter Umständen auf ein Gewohnheitsrecht geschlossen werden. Allein wie wenn schon das Dasein und die Fassung des Vertrags der Vermuthung widerspricht, daß ihr Inhalt Rechtens sei, indem sonst eine Vereinbarung überflüssig gewesen wäre? Hier beweist der Vertrag, und sei er noch so oft wiederholt, statt von der Existenz eines Rechtssatzes Zeugniß zu geben, vielmehr dessen Nichtexistenz [76]). So verhält es sich auch mit den renunciativen Erbverträgen, deren Vorkommen, wie das der Testamente, im Allgemeinen weit eher eine Vermuthung gegen als für die Ansicht begründen möchte, daß ihr Inhalt schon von selbst im Geseze begründet sei. Die Observanz der Erbverzichte, woraus Eichhorn auf den Grundsatz schließen will, daß die Töchter schon

muntur (fr. 16 D. de donat. inter Vir. et U. fr. 4. §. 1 ad Senat. Cons. Vellej.) Nic. Everhardi jun. Cons. Vol. 1. cons. 6. N. 13. Allein bei solcher Ansicht würde für die Lehre, daß durch die Verzichte ein Herkommen für den Ausschluß unmittelbar begründet werde, noch weniger herauskommen; denn nach dieser Lehre müßten die Verzichte doch ursprünglich wahre Verzichte, das heißt eine wahre liberalitas gewesen sein. Uebrigens könnte die Vermuthung wider den animus donandi ebensogut gegen die Männer geltend gemacht werden, welche die Weiber abgefunden haben; denn nemo suum jactare praesumitur. fr. 25 pr. D. de prob. et praes.

76) Puchta, das Gewohnheits-Recht S. 34.

Digitized by Google

des Schwabenspiegels, welcher nicht blos im südlichen Deutschland, namentlich in Schwaben und Elsaß, Franken, Baiern und am Rheinstrom, sehr verbreitet war, sondern, wie es scheint, durch das Welfische Haus auch nach Norddeutschland verpflanzt worden [52]). Daß andererseits der Schwabenspiegel, indem er das weibliche Erbrecht weiter stellt, als der ihm vielfach verwandte Sachsenspiegel, hierin durch römisches Recht bestimmt worden sei, ist nicht anzunehmen, da das Erbrecht des Schwabenspiegels von dem römischen durchaus abweicht. Das göttliche Recht aber schien dem Verfasser des Schwabenspiegels mit dem Vorzug des Mannsstamms so wenig in Widerspruch zu stehen, daß vielmehr die Rechtfertigung desselben (und zwar in der Ausdehnung, wie er in dem alemannischen Rechte begründet war), aus der mosaischen Satzung hergeholt und dem milderen Rechte des Schwabenspiegels (gleichsam zur Beruhigung der Töchter) an die Seite gestellt wird [53]). Dagegen liegt der Zusammenhang mit dem alten alemannischen Rechte und den späteren Stadtrechten sehr nahe. Ward nun aber das Erbrecht der Töchter einmal in größerem Umfange anerkannt, indem dieselben nicht blos an der Fahrniß, sondern auch an der Liegenschaft, mit Ausnahme des Ansiedels, theilnehmen sollten, so konnte dasselbe im einzelnen Falle nur durch einen freiwilligen Verzicht geschmälert oder aufgehoben werden, und das kanonische Recht [54]), wiewohl nach demsel-

---

52) S. meine Vorrede zur Laßbergischen Ausgabe S. XXV.

53) Laßb. Ausg. cap. 148. c.: Moyses kvnte got die sache, got antwvrte alſo: ich wil daz ob ein menſche ſterbe, une ſvn, daz ſin erbe siner tohter werde, vnd hat der mensche weder ſvne noh tohter, ſo erbet ſin bruder, vnd hat er niht bruders, ſo erben ſine vetern, hat er niht vetern, ſo erbet ie der naehſte vor (von) mater magen. Vergl. Moses IV (Numeri) cap. 27. 36, wo von dem Erbe des Selofchad (nicht Sasalphar, wie bei Laßb.) die Rede ist. Daß die Verwandten von des Vaters Seite (Vatermagen) den gleich nahen Muttermagen der Regel nach vorgehen (Laßb. §. 275) steht ganz in Uebereinstimmung mit cap. 59 u. 148 [a]. Dagegen muß die Lehre von der Theilung zwischen Vater- und Muttermagen, welche cap. 148 [c] gegen das Ende eingeschoben ist, als fremd (c. 13. §. 2. de legit. haered.) bezeichnet werden, wie dieß denn auch nicht undeutlich in der Stelle selbst zu erkennen gegeben ist.

54) cap. 2 de pactis in VI[to].

Digitized by Google

den keine andere Erbverzichte gültig sein sollten, als welche mit einem Eid bekräftigt worden, begünstigte vielmehr dieselben, indem durch Beobachtung jener Form, welche übrigens nie zu einer allgemeinen Geltung gelangte, den romanisirenden Rechtsgelehrten der Vorwand genommen wurde, sie anzutasten.

Auch Eichhorn [55]) muß zugeben, daß selbst bei dem Herrenstande seit dem 13. Jahrhundert (also vor Aufnahme des römischen Rechts) das Herkommen sich augenscheinlich überall zum Vortheil der Töchter gebildet habe; auch schließe kein späteres Rechtsbuch die Töchter aus; ebenso lasse sich auch aus den Urkunden ein sie ausschließendes Herkommen in Deutschland überhaupt nicht darthun. Dadurch sollen nun die Erbverzichte allmälig eine Bedeutung erhalten haben, während dieselben Anfangs, wenigstens den Brüdern gegenüber, als bloße Kautel betrachtet worden seien. Dieser Ansicht, verglichen mit dem, was der genannte Gelehrte an andern Orten sagt (Einl. §. 349), vermag ich nur insofern nicht beizustimmen, als dabei von der Voraussetzung ausgegangen sein sollte, daß das römische Recht die angegebene Veränderung hervorgebracht habe, und als ob die Verzichte im 13ten Jahrhundert gar keine wahre Verzichte gewesen wären. Die Erbverzichte stehen nämlich mit dem Erbrecht der Töchter nur insofern in Verbindung, als sie ein solches Erbrecht, und zwar ein wahres Erbrecht, immer voraussetzten. Dieses fand aber, wie wir gezeigt haben, schon zur Zeit des Schwabenspiegels, also im 13ten Jahrhundert, auch neben Brüdern statt. Die Verzichte, wofern sie auf väterliche und mütterliche Erbschaft überhaupt gerichtet waren, hatten hiernach schon damals eine Bedeutung. Nur in Sachsen und im übrigen Norden hatten sie diese Bedeutung in der Regel noch nicht; daher treten auch dort Erbverzichte später hervor.

Hiebei ist übrigens Eichhorn auch noch das zuzugeben, daß die Verzichte damals theilweise als Kautel erscheinen konnten, sofern einmal das volle Erbrecht der Töchter noch nicht allgemein anerkannt war, und dann auch noch in der Rücksicht, weil ihr Gegenstand in der Regel ein sehr gemischter und daher mehr oder weniger ungewisser war, sofern sich nämlich nicht immer vorausbestimmen ließ, ob nicht die Töchter durch das Zusammentreffen mit Söhnen

55) Staats- und Rechtsgeschichte §. 454. Anm. k).

von dem „Ansidel" künftig werden ausgeschlossen werden. Doch möchte in dieser Hinsicht auf den von Bostel [56]), Eichhorn und Andern angeführten Verzicht v. J. 1226 (nicht 1227) kein gar großes Gewicht zu legen sein. In dieser Urkunde verzichtet Graf Simon von Saarbrück Namens seiner Gemahlin, geb. von Lothringen, zu Gunsten ihres Bruders Mathäus, Herzogs von Lothringen, auf die väterliche und mütterliche Erbschaft, mit dem Beisaze: „si quod habebat" [57]). Dieser Beisatz beweist für die Kautel-Eigenschaft der Töchter-Verzichte schon darum nichts, weil der Verzicht, worin er gemacht ist, nicht auf eine künftig anfallende, sondern eine bereits angefallene Erbschaft sich bezieht, wobei es ungewiß ist, ob nicht die Verzichtende von dieser bei ihrer früheren Verheirathung bereits abgeschichtet war, also keine Rechte mehr hatte. Auch hatte die Mutter der Renunciantin in ihrem nicht lange zuvor (im Juny 1226) gefertigten Testamente ihre Töchter ebenso, wie ihre Söhne als ihre Erben genannt und am Schlusse gesagt: Filiae vero meae tale jus in haereditate habeant, quale debent [58]). Und wenn gleich auch diese Stelle sich unbestimmt ausdrückt, so erklärt sich

---

56) De origine renunciationum filiarum illustrium, Gissae 1746 Anhang p. 2.

57) Die Urkunde, nur auszugsweise angeführt bei Bostel l. c. ist abgedruckt bei Calmet histoire de Lorraine (Ausg. von 1728) (preuves p. 438. Die Worte des Verzichts lauten so: quod ego omne jus quod uxor mea, soror venerabilis domini Mathaei Ducis Loth. et March. in haereditate tam ex parte patris quam ex parte matris sibi provenieute habebat, *si quod habebat,* de consensu ipsius uxoris jam dictae, eidem nobili Duci praenominato plenius acquictavi et idem jus reliqui supra suam voluntatem libere et quiete. Das Wort „si" oder „wenn" ist unter Umständen auch nicht bedingungsweise zu nehmen, sondern für „weil" oder „da". S. Fertigung um die Herrschaft Schalzburg zwischen Zollern und Württemberg vom Jahre 1403. „vnd besunder die egenant frow Verena Gräfin von Zoler geborn von Kyburg (verzichtet) mit zopf vnd mit Brust vnd mit ir hant vnd mit des egenanten irs vogts hant wan es ir hainstür vnd ir Morgengab anrürti:" Meine Sammlung württ. Statutar-Rechte B. I. S. 153. In obigem Falle scheint es aber einen wirklichen Zweifel auszudrücken, da proveniente vorausgeht.

58) Calmet l. c. p. 439.

Digitized by Google

dieß so wie die Urkunde von 1226 bei genauerem Betracht daraus, daß die Erblasserin ihren älteren Sohn Theobald (an dessen Stelle nachher der andere Sohn Mathäus getreten war) zum alleinigen Erben, sowohl in den von ihrem Mann herrührenden Widdum- als in den von ihrem Vater ererbten eigenen Gütern auf- und angenommen, und die Versicherung beigefügt hatte, später das Gleiche auch mit der von ihrem Bruder etwa anfallenden Erbschaft zu thun [59]).

Ueberdiß ist weder in dem 7 Jahre früher, noch in dem ein paar Jahre nachher erfolgten Verzicht zweier andern Töchter aus dem Hause Lothringen, vermählter Gräfinnen von Holland und Kyburg, der angeführte Beisatz gemacht [60]). Auch findet sich derselbe meines Wissens in keiner bekannten früheren Urkunde. Ueberhaupt ist es der Geschichte unseres Rechtes angemessener, die Kautelen in späterer Zeit zu suchen, wo das römische Recht vorsichtig machte, als in der früheren, wo das Rechtsbewußtsein im Volke noch nicht verdunkelt war. Wenn daher auch in dem angeführten Verzicht eine Unsicherheit hinsichtlich des aufgegebenen Erbrechts hervorleuchtet, so ist dieselbe nicht daraus zu erklären, als ob etwa den Töchtern überall um jene Zeit kein Erbrecht zugeschrieben worden wäre, sondern daraus, daß dem Bruder gegenüber das Erbrecht zweifelhaft war. Eben weil man angefangen hatte, die Töchter mit den Brüdern gleichberechtigt zu halten, wurde ihr Verzicht zu Gunsten der leztern gefordert, und zwar ihr freiwilliger Verzicht [61]).

Das Erbrecht der Töchter seit dem Ende des 13. Jahrhunderts bis zum Anfang des 16. wird von Eichhorn (im Texte zu der angeführten Anmerkung) so dargestellt:

---

59) S. die Urkunden bei Calmet l. c. p. 424. 425.

60) De Bostel a. a. O. Calmet l. c. p. 341. In dem letzteren wird vielmehr gesagt, daß der Herzog zur Schadloshaltung seiner Schwester für die Erbschaft ihr die Burg und das Eigenthum zu Ulm nebst allen Zugehörden überlassen habe.

61) Urk. des Grafen Wilhelmus de Duingen von 1236 bei Kopp, Lehensproben Th. 1. S. 249. ceterum si fato mortis, filiis meis privabor, filia mea de Minzenberg hereditatem accipiet cum sororibus suis *justo modo* — — si vero filios habuero nulla a me habebit hereditatis portionem — idque de commotione domini Ulrici senioris — — ipsa inducetur *ut voluntarie renuncietur*.

Digitized by Google

Bei dem niedern Adel succedirte gewiß schon im 14. Jahrhundert überall in Deutschland die Tochter in das gesammte Erbe, wenn keine Söhne vorhanden waren, gleichwie beim hohen Adel das Herkommen sich zu Gunsten der Töchter neigte, je öfter diesen zum Nachtheil entfernterer Stammsvettern selbst das mit Lehen vermischte Erbe zugewendet wurde.

Daraus wird zu erklären gesucht, daß die Töchter bei ihren Verzichten schon im 15. Jahrhundert zuweilen den Anfall des Erbes sich vorbehalten haben, falls ihre Brüder keine leibliche Erben oder nur keine männliche Erben hinterlassen würden. Allein daß die Töchter gegen die Stamms-Vettern im Erbe zurückgestanden wären, läßt sich auch nach dem ältern Recht (das fränkische und thüringische ausgenommen) nicht behaupten; die Neuerung kann also nicht darin bestanden haben, daß sie ihnen vorgesetzt wurden, (denn darin stimmten das sächsische und schwäbische Recht überein) sondern nur darin, daß die Töchter jetzt häufiger, wie früher, zu Gunsten ihrer Brüder auf das gesammte väterliche Erbe, oft auch auf mütterliche und brüderliche Erbschaft verzichteten, und dadurch das strengere sächsische Recht zur Anwendung brachten.

Auf den Sachsenspiegel unmittelbar läßt sich freilich, wie auch Eichhorn bemerkt, diese Sitte nicht stützen, denn der Sachsenspiegel nimmt die Töchter von selbst als durch die Söhne im gesammten väterlichen, mütterlichen, brüderlichen und schwesterlichen Erbe ausgeschlossen an (s. §. 2); wohl aber wurde den Töchtern der Verzicht jetzt zuweilen durch Statuten zur Pflicht gemacht; oder es wurden geradezu auf diesem Wege die Töchter zum Besten der Söhne von der Erbfolge ausgeschlossen erklärt. Im letzteren Falle bedürfte es, wie schon Zasius, der auf die Einführung des römischen Rechts im südlichen Deutschland großen Einfluß hatte, richtig erkannte [62]), keines Verzichts, und wenn

62) U. Zasius ad L. 61: de V. O, cap. 2 concl. 3. Nam quamvis civitates non habeant hujusmodi consuetudines in Germania, tamen nobiles comuniter habeat haec statuta, maxime comites, sicut comites de Bitsh et domini de Rapoltstein, *quibus ego feci*, quod deinceps *non est necesse filias renunciare*, cum sint statuto exclusa, nihilominus renunciant ad cautelam abundantem.

Digitized by Google

er gleichwohl gefertigt wurde, war er bloße Vorsicht. Allein die Statuten weichen sehr unter einander ab.

1. In den meisten Statuten ist der Verzicht gleichwohl vorgeschrieben; aber mit verschiedenen Wirkungen, theils als bloße Form oder Cautel, indem ein Anspruch auf eigentliches Erbrecht oder den Pflichttheil gar nicht angenommen wurde, wie z. B. in dem bairischen Mandat v. 20. Apr. 1672 [63]), und auch wieder in dem Codex Maximilianeus [64]), theils als wirkliche Abfertigung. Im lezten Falle ist den Unverheiratheten (Nicht-Verzichtenden, Nicht-Abgeschichteten) das Erbrecht unverzogen; und auch durch Verheirathung und standesmäßige Ausstattung geht ihnen dasselbe nicht verloren, wenn sie nicht ausdrücklich verzichtet haben. Im ersteren Falle dagegen sind die Söhne den Töchtern nur zu standesmäßigem Unterhalt bis zur Verheirathung und zu einer, im Streitfalle durch Schiedsrichter oder das ordentliche Gericht zu ermittelnden, Ausstattung verbunden. Eigenthümlich sind die von Eichhorn §. 569 Note e angeführten östreichischen Gewohnheiten [65]). Hiernach wird die nicht verzichtende Tochter nur alsdann von dem väterlichen Vermögen ausgeschlossen, wenn sie unverheirathet, nicht aber, wenn sie verheirathet ist, und Vater oder Brüder versäumt hatten, den Verzicht zu fordern.

2. Einige ziehen den Töchtern nicht blos die Söhne, sondern auch die Stammvettern vor, aber nur im Erbstammgut, z. B. das bremische Ritterrecht von 1577 [66]) (Tit. 1. §. 1.) und viele Familien-Statuten. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er die übrige Erbschaft betrifft. Nach andern ist zwar die Tochter von der väterlichen Erbschaft überhaupt ausgeschlossen [67]), nicht aber von der mütterlichen u. s. w. Hier hat der Verzicht nur Bedeutung, sofern er sich auch auf die mütterliche, brüderliche oder schwesterliche Erbschaft bezieht.

---

63) Bei Lünig, corp. juris feud. germ. II. S. 523 f.

64) Thl. III, Cap. 11 §. 8; bezieht sich jedoch nur auf den gefreieten Landes-Adel.

65) Walther Consuetud. Austriae, Tractat 1. Cap 6.

66) Bei Puffendorf Observ. juris IV. App. S. 6.

67) Z. B. nach dem i. J. 1778 bestätigten Herkommen der osnabrükichen Ritterschaft s. Mösers patriot. Phantasien Bd. IV. Nr. 53 u. 54.



Digitized by Google

Mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit der Statuten meint Reinhard [68]):

Entweder seynd verbindliche Haußverträge und Statuten vorhanden, oder nicht? In jenem Fall geben dieselbe die Richtschnur, wornach die Verzichte beurtheilt werden müssen: Denn wann erwehnte Statuten die Weiber durchgehends solang ausschliessen, als Mannsstamm vorhanden: So ist die Rechnung bald gemacht, woher es kommt, daß die Töchtern zu einem Verzicht, welcher sonst freiwillig seyn muß, gezwungen werden können, und warum man sie vor die welche wirklich verziehen *haben*, zu halten vermag, wann sie sich dagegen sperren. Ich setze aber mit Fleiß, verbindliche Statuten. — — Seynd aber gar keine Statuten vorhanden; so kann die Schuldigkeit des Verzichts weiter nicht, als zum Besten derer Söhne, erstrecket werden; und wann die Töchter auf *mehr andere* Fälle verzeihen; so geschiehet es aus pur lauterem guten Willen, und mögte ich den gerne sehen, welcher behaupten könnte, daß alsdann die Töchter gleichwolen pro renunciatis gehalten werden mögen, wenn sie dem weitergesipten Mannsstamm zum Beßten, entweder nicht verziehen haben, oder solches nicht thun wollen.

Diese Unterscheidung ist nur in sofern ungenau, als daraus hervorzugehen scheint, daß die Töchter gegen die Söhne auch ohne Verzicht hinsichtlich aller und jeder Erbschaft zurückstehen müssen, und als anderer Seits auf die eigenthümliche Stammgutsfolge keine Rücksicht genommen ist, welche auch bei dem ritterschaftlichen Adel jedenfalls seit dem 16. Jahrhundert als regelmäßige Einrichtung angesehen werden kann, und nicht blos aus Statuten, welche den Ausschluß der Töchter direct verordnen, sondern auch schon aus der allgemeinen Bestimmung in denselben: daß gewisse Güter bei dem Stamm und Namen beständig erhalten werden sollen, und aus dem entschiedenen Herkommen für jenen Ausschluß zu folgern ist. Daß die Töchter bei der Erbfolge in den Stammgütern den Stammvettern nachstehen, und nur in Hinsicht auf die neuerworbenen Güter ihre nähere Verwandtschaft zum lezten Besizer geltend machen kön-

68) Von dem Erbfolgsrecht der Töchter S. 111.

Digitized by Google

nen, ist zwar von Cramer [69]), Pütter und Andern unrichtig aus dem alten deutschen Rechte zu beweisen gesucht worden; auch ward damit von Cramer die heillose Lehre von der Regredienterbschaft und von Pütter die in ihren Folgerungen nicht minder anstößige Lehre von einer successio ex pacto et providentia majorum in Verbindung gebracht; allein das Verdienst muß jenen Schriftstellern bei aller Uebertreibung ihrer Lehrsätze gelassen werden, daß sie auf den nothwendigen Unterschied zwischen dem Stammgute und der übrigen Verlassenschaft hinsichtlich des Erbrechts der Töchter hingewiesen haben. Der Fehler in ihrer Auffassung lag also nicht darin, daß sie dem Verzicht eine zu breite Unterlage gegeben, sondern daß sie ihn zunächst auf das Stammgut bezogen haben, worauf er als solches der Regel nach gar nicht bezogen werden sollte.

Wir kehren zurück zu der Frage über die Bedeutung des Verzichts. Daß die Verzichte der Töchter in der Regel etwas Freiwilliges seien und blos daraus, daß die Männer die Weiber factisch ausgeschlossen haben, auf die Gewohnheit, daß diese von Rechtswegen schon ausgeschlossen seien, nicht zu schließen sei, wenn nicht zu gleich bewiesen werde, daß sie vermöge jener Gewohnheit ausgeschlossen worden, haben auch die Juristen des 17. Jahrhunderts schon behauptet [70]).

Wir müssen indessen bei den Ansichten dieser Zeit wieder näher verweilen, weil Eichhorn §. 540 u. 569. folgerichtig zu seiner geschichtlichen Erklärung meint, die Practiker hätten sich durch ihre romanisirende Richtung verleiten lassen, den Verzichten allzuviel Gewicht beizulegen [71]). Zunächst müssen wir die Schriftsteller des

---

69) Opuscula tom. V. Der größere Theil dieses Bands ist mit Abhandlungen in dieser Richtung ausgefüllt, s. namentl. S. 1—35. 35—138. Daß Cramer bei der Controverse über die Regredienterbschaft das deutsche Recht als abgekommen und das römische Recht als Regel zu beweisen suchte, ist bekannt.

70) Nic. Betsius tract. de statutis, pactis et consuetudinibus fam. illustr. et nob. cap. 8. §. 30. (Ed. Schilteri p. 272) — in consuetudine excludente foeminas, non sufficere probare, masculos exclusisse foeminas, nisi quoque probetur, quod excluserint vi illius consuetudinis.

71) In einer andern Beziehung war diß allerdings später der Fall, indem aus der Verzichts-Clausel: „auf ledigen Anfall" das Regre-



Digitized by Google

17. Jahrhunderts gegen die Behauptung in Schutz nehmen, als ob sie nur da, wo durch Landesgesetze oder entschiedenen Landesgebrauch der Ausschluß der Töchter festgesetzt worden, diesen Ausschluß anerkannt haben; auch die Familiengesetze und erweisliches Familienherkommen wurden von ihnen als Rechtsquelle geachtet.

Einige meinten nun allerdings, daß eine Gewohnheit oder Sitte, wodurch die adelichen Frauenzimmer ausgeschlossen werden, gar nicht gelte [72]), quod hoc respicit decisionem causarum, das heißt, weil dadurch in die Jurisdiction oder Gesetzgebung eingegriffen werde [73]). Allein die herrschende Meinung gieng doch dahin, daß sowohl die reichsständischen Häuser, als auch die Familien des unmittelbaren Reichsadels, d. h. die reichsritterschaftlichen Familien, zumal wenn sie selbst jurisdictionem vel merum imperium haben, eine Gewohnheit, Satzung oder Statut jener Art bei sich einführen können, und daß die kaiserliche Confirmation diesen gegenüber, wenn gleich räthlich, doch nicht nothwendig sey [74]). Dabei aber behaupten die *älteren* Practiker, daß von der Verzichtleistung, tanquam re merae facultatis, kein Schluß auf die Gewohnheit des Ausschlusses zu machen sei [75]). Sollte diese Ansicht unrichtig sein? Ich glaube *es nicht*.

---

dienterbrecht an Stammgütern, Land u. Leuten u. s. f. *abgeleitet* wurde; allein hier sind auch die Germanisten nicht außer Schuld.

72) Tiraquell, de jure primogen. Q. 16. Nr. 6. i. f.

73) Betsius l. c. cap. 1. p. 31. talia enim statuta condere, est jurisdictionis.

74) Besold, in cons. Tubingensia P. 1. cons. 13 §. 14. Lauterbach, Resp. bei Harpprecht, tract. acad. tom. II p. 122. F. Chr. Harpprecht Cons. Tub. Vol. 1. Cons. 1. n. 111, wo als unstreitiger Grundsatz der Rechtslehrer angeführt wird: quod tales Foeminarum renuntiationes tam pacto quam statuto, aut consuetudine introduci possunt. Struvius de Allodiis imperii c. 4. §. 4. i. f. Moser, Staatsrecht Thl. XVI. S. 73. §. 7.

75) Mynsinger responsa dec. 1. resp. 10 N. 31. Barth. Kellenbenz, de renunciatione success. quaest. 7. N. 6. seq. (bei Schilter tract. praec. tom. I. p. 686. sq.) Meichsner decis. camerae imp. tom. III. dec. 14. p. 158 seq. Chr. Besold. Thes. pract. voce „Verzicht." Einige zogen aus dem Vordersatze, weil von den Töchtern freiwillig verzichtet werde, die umgekehrte Folgerung: daß auf eine herkömmliche Verbindlichkeit allerdings zu schließen sey, indem sie sonst nicht verzichten würden: quod feminae nil donare praesu-

Digitized by Google

War nämlich der weibliche Erbverzicht ursprünglich keineswegs bloße Form, sondern die Folge einer Abschichtung, sei es von dem Erbgut des Hauses, sei es von dem übrigen Eigen oder der fahrenden Habe, so konnte er zu einer bloßen Form oder nützlichen Vorsicht nur werden, wenn die Enterbung der Weiber durch einen Familien-Vertrag oder ein allgemeines Statut zum Gesetz geworden war, keineswegs aber dadurch, daß in einer Familie herkömmlich solche Verzichte, zumal unter verschiedenen Bedingungen, gefordert und ausgestellt wurden. Gerade, daß ausdrückliche Verzichte gefordert wurden, spricht vielmehr für ihre practische Bedeutung. Hiermit soll nicht geläugnet werden, daß aus einer Reihe von Handlungen ein Gewohnheitsrecht der Familie von bestimmtem Inhalte sich bilden könne. Allein zunächst kann doch der einzelne Verzicht nur für den einzelnen Fall eine Regel abgeben, nicht aber für andere Fälle. Auch aus der stetigen Wiederkehr einer Vertragsbestimmung kann allerdings unter Umständen auf ein Gewohnheitsrecht geschlossen werden. Allein wie wenn schon das Dasein und die Fassung des Vertrags der Vermuthung widerspricht, daß ihr Inhalt Rechtens sei, indem sonst eine Vereinbarung überflüssig gewesen wäre? Hier beweist der Vertrag, und sei er noch so oft wiederholt, statt von der Existenz eines Rechtssatzes Zeugniß zu geben, vielmehr dessen Nichtexistenz [76]). So verhält es sich auch mit den renunciativen Erbverträgen, deren Vorkommen, wie das der Testamente, im Allgemeinen weit eher eine Vermuthung gegen als für die Ansicht begründen möchte, daß ihr Inhalt schon von selbst im Gesetze begründet sei. Die Observanz der Erbverzichte, woraus Eichhorn auf den Grundsatz schließen will, daß die Töchter schon

muntur (fr. 16 D. de donat. inter Vir. et U. fr. 4. §. 1 ad Senat. Cons. Vellej.) Nic. Everhardi jun. Cons. Vol. 1. cons. 6. N. 13. Allein bei solcher Ansicht würde für die Lehre, daß durch die Verzichte ein Herkommen für den Ausschluß unmittelbar begründet werde, noch weniger herauskommen; denn nach dieser Lehre müßten die Verzichte doch ursprünglich wahre Verzichte, das heißt eine wahre liberalitas gewesen sein. Uebrigens könnte die Vermuthung wider den animus donandi ebensogut gegen die Männer geltend gemacht werden, welche die Weiber abgefunden haben; denn nemo suum jactare praesumitur. fr. 25 pr. D. de prob. et praes.

76) Puchta, das Gewohnheits-Recht S. 34.

Digitized by Google

von Rechtswegen von der Erbschaft ausgeschlossen gewesen [77]), müßte daher nicht blos für die Verzichte oder deren Nothwendigkeit im objectiven Sinne [78]), vielmehr zunächst dafür sprechen, daß die Töchter, auch wenn sie nicht verzichtet, gleichwohl als verzichtet angenommen wurden, oder wenigstens dafür, daß die Töchter zu Leistung des Verzichts als der Erfüllung einer bloßen Formalität (subjective Nothwendigkeit) rechtlich verbunden gehalten wurden; wogegen aber schon der Umstand spricht, daß in den einzelnen Verzichtsbriefen immer versichert wird, wie die Verzichtende lediglich durch ihren freien Willen und durch besondere Rücksicht auf ihre Brüder zu verzichten bewogen worden. Die älteren Juristen, indem sie die Gültigkeit der Gewohnheit von einer stillschweigenden Billigung der gesetzgebenden Gewalt ableiteten, und daher auf Seite der letztern den animus introducendi forderten [79]), konnten consequenterweise zu der Eichhornschen Ansicht nicht gelangen; denn, wenn auch jener animus unter gewissen Bedingungen (consuetudo rationabilis, frequentia actuum et temporis diuturnitas) vorausgesetzt wurde, so kam es doch hierbei auf die Absicht der Einzelnen (qui diuturnis moribus utuntur) weniger an, als auf das äußere Gepräge ihrer Handlung und deren Verhältniß zur Gesetzgebung, welche einen Verzicht allerdings nicht überflüssig machte. Aber auch bei derjenigen Ansicht, wonach der consensus utentium oder wie man sich jetzt ausdrückt, das allgemeine Volks- oder Standes-Bewußtseyn entscheidet, kann es nicht genügen, daß eine Reihe von Verzichten statt gefunden, um das Recht, worauf verzichtet, schon

---

77) Staats- und Rechtsgesch. 4. Ausg. §. 454. 569.

78) In dieser objectiven, nicht in der subjectiven Bedeutung, welche erst Erfindung der Schule ist, wird das Wort Nothwendigkeit zuweilen in den Urkunden gebraucht, z. B. in der Erbeinigung des Hauses Sayn-Witgenstein v. 1607 bei Lünig, Reichsarchiv P. spec. c. 2. (Bd. 11) S. 430. „weil die Renunciationes nit ex necessitate, sondern allein zu Stamms- und Namens Erhaltung erfordert werden." Hier, wo die Nothwendigkeit der Verzichte im objectiven Sinne nicht anerkannt ist, wird eben daraus die Nothwendigkeit im subjectiven Sinne für die Töchter gefolgert, sich der Ausstellung als einer schuldigen Formalität zu unterziehen.

79) Z. B. Lauterbach in einem Tübinger Responsum, bei F. Ch. Harpprecht tract. acad. tom. II. p. 30.)

Digitized by Google

zuvor als nicht vorhanden anzunehmen, sondern es müßte zugleich bewiesen werden, daß die Verzichte aus der rechtlichen Ueberzeugung von ihrer Nothwendigkeit (opinio necessitatis s. obligationis) hervorgegangen. Die äußere Thatsache des wiederholten Verzichts beweist nämlich nach dieser Ansicht nichts: denn diese kann Folge verschiedener individueller Beweggründe sein; und selbst wenn wir einen gemeinsamen Beweggrund annehmen wollen, warum sollte dieser nicht vielmehr darin, wo ihn die Urkunden übereinstimmend selbst finden, nämlich in dem guten Willen, das Wohl des Mannsstamms zu fördern [80]), gesucht werden, als in einem rechtlichen Zwange, den schon der Begriff des Verzichts ausschließt!

Auch die Schriftsteller und die Praxis des 18. Jahrhunderts verlangen daher für die behauptete Nothwendigkeit des Verzichts, tanquam res facti, genügenden Beweis [81]). Namentlich äußert sich hierüber der Verfasser und Ausleger des bairischen Codex Maximilianeus [82]), welcher im Uebrigen den Verzichten sehr das Wort redet, folgendermaßen:

> Es ist auch zum dießfälligen Beweis nicht genug, daß man Renunciationsactus beibringt; denn da solche auch ex libera voluntate haben geschehen können, so sind sie tanquam actus mere spontanei, etsi plurimi et continui sint, nicht hinlänglich, sofern nicht animus introducendae consuetudinis auf andere Art genugsam erscheint.

Nur bei den reichsständischen Häusern glaubte Moser [83]) eine Ausnahme machen zu müssen; allein der Grund war, daß hier eine observantia notoria von ihm angenommen wurde, welche den besondern Beweis im einzelnen Falle überflüssig macht, indem aller-

80) Ohne Zweifel wirkte hierbei die Standesrücksicht mit, daß es anständig, der guten Sitte gemäß sei, zu verzichten; allein solche Rücksichten schließen den freien Willen nicht aus, sind also nicht als eine Rechtsnothwendigkeit zu betrachten. Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 33.

81) Cramer, D. de fil. nobil. vi Consuet. vel pact. fam. renunc. c. 1. §. 8. 9: per Pacta renunciativa continuo inita, etiamsi frequentissima, consuetudo renunciandi introduci nequit. Siebenkees Beiträge zum deutschen Recht Thl. II. S. 98 f.

82) v. Kreittmayr, Anm. zum bair. Landrecht Thl. III. c. 11. §. 2.

83) Staatsrecht Thl. XVI. S. 71.

Digitized by Google

dings seit Jahrhunderten kein Fall vorgekommen ist, wo die Tochter aus einem reichsständischen Hause vor ihren Stammvettern in Land und Leuten succedirt hätte, während sich manche Fälle nachweisen lassen, wo Töchter reichsadelicher Familien vor den Agnaten, ja neben Brüdern in freiadelichen Gütern und Flecken nachgefolgt sind [84]). Selbst Eichhorn in seiner Darstellung des heutigen Privatrechts, (Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 349) beschränkt die Ansicht, daß der Ausschluß der Töchter vom Stammgut schon aus dem Familienherkommen oder Familiengesetzen, nach welchen die Töchter zur Verzichtleistung verbunden sind, erhellen könne, auf den hohen Adel. Auch bei diesem war aber der Umfang des Verzichts früher nicht überall gleich, indem oft nur auf den Erbtheil des Vaters und der Mutter, bald auch auf brüderliche und vetterliche Erbschaft verzichtet ward. In neuerer Zeit aber wird in den meisten Häusern selbst auf die mütterliche Erbschaft kein Verzicht mehr verlangt [85]). Das behauptete notorische Herkommen kann daher nur auf die Ausschließung der Töchter von der Succession in der landesherrlichen Regierung selbst und in den damit verbundenen Domänen und Rechten bezogen werden [86]).

Eine gleich allgemeine Observanz für den Ausschluß der Töchter, wie bei den reichsständischen Häusern, ist zwar auch bei den Familien der vormaligen Reichsritterschaft auf den Grund eines ritterschaftlichen Statuts von 1653 behauptet worden [87]); wir werden jedoch gleich nachher sehen (§. 4.), daß jene Observanz keineswegs erweisbar ist. Jedenfalls würde daraus nicht ein Herkommen für Zurücksetzung der Weiber gegen den Mannsstamm überhaupt, sondern nur gegen die Brüder hervorgehen; der Vorzug der Stammvettern bliebe daher immer noch zu beweisen übrig und dieser Vorzug kann aus dem Vorkommen weiblicher Erbverzichte um so we-

---

84) S. den kaiserlichen Lehenbrief für Marie Johanne von Werthnau über den Blutbann zu Unterboihingen, Pfauhausen und Donzdorf von 1683 bei Lünig corp. jur. feud. tom. 1. S. 1274—1278. In der ersten Urkunde wird einer Belehnung von 1673 gedacht, worin Schwestern und Brüder zugleich begriffen waren.

85) v. Neurath, über Regredient-Erbschaft S. 147. 148.

86) Moser a. a O. S. 86. Kreittmeyr, Anm. zum bair. Landrecht Thl. III. cap. 11. §. 8. nro. 5.

87) Auch Reinhard a. a. O. S. 113 ist dieser Ansicht.

Digitized by Google

niger geschlossen werden, als die Verzichte in der Regel nur zu Gunsten der Brüder lauten.

Was die vormals landsäßige Ritterschaft betrifft, so ist zwar in einigen Landesgesetzen die Verbindlichkeit der adelichen Töchter zum Erbverzicht gegen die Brüder anerkannt worden, mit der Bestimmung, daß jene auch ohne Verzicht gleichwohl für Verzichttöchter gehalten werden. Allein eine gemeine Regel kann hieraus für die Nothwendigkeit des Verzichts in anderen Staaten, wo jene Gesetze nicht gelten, keineswegs hergeleitet werden. Selbst das neue baierische Landrecht, welches die Brüder noch am meisten begünstigt, schließt die Töchter zu deren Gunsten nur von der väterlichen, mütterlichen, brüderlichen, nicht aber von andern Erbschaften aus [88]). Auch fügt dasselbe noch besonders bei, daß die Bestimmung hinsichtlich der ipso jure Renunciation nur von dem gefreieten Landesadel gelte, die übrigen adelichen Töchter aber ohne ausdrücklichen Verzicht pro renunciatis nicht zu halten seien, es wäre denn solches von Alters also hergebracht [89]).

## §. 4. Reichsritterschaftliches Privatrecht.

Nach einem bei Burgemeister, reichsritterschaftliches corpus juris oder codex diplomaticus (Ulm 1707) S. 534. 535 abgedruckten Statut, gefertigt Geißlingen den 12. Februar 1653 (s. g. statutum Geislingense) ist unter der freien Reichsritterschaft der drei Kreise in Schwaben, Franken und am Rhein verabredet worden: daß „nun hinführo" den adelichen Töchtern, so lang sie unverheirathet, standesmäßiger Unterhalt und, im Fall der Verheirathung, für die väterliche, mütterliche und brüderliche Verlassenschaft von ihren Eltern oder, auf deren Abgang, von den beiderseitigen nächsten Freunden, und da sie sich nicht vergleichen könnten, von eines jeden Orts und Viertels oder Theils Directoren, Ausschuß und Räthen

---

88) Cod. Maximil. Thl. III. cap. 11. §. 8: „Vielweniger extendirt sich 9no. das Gesetz auf Erbschaften, welche die Töchter nicht von Vater, Mutter oder Bruder, sondern von andern Befreundten in auf- und absteigender oder Collateral-Linie erlangen."

89) a. a. O. §. 8. nro. 13. v. Kreittmayr, Anm. zu diesem §. 8. nro. 4 u. 5.

Digitized by Google

ein billiges Heirathgut oder Aussteuer sammt einer ehrlichen und ziemlichen Ausfertigung von Kleidern und Kleinodien geschöpft und darüber ihnen bei weiblichen Verlassenschaften der weibliche Geschmuck und Kleider ausgefolgt, dagegen aber dieselben und ihre Nachkommen, ihren Brüdern, als den ehelichen männlichen Leibeserben, zum Besten, von aller übrigen väter-, mütter- und brüderlichen Erbschaft bis auf einen ledigen Anfall ausgeschlossen werden sollen.

Auch bei Lünig, Reichsarchiv P. spec. cont. 3, Abs. 1, S. 14 steht dieses angebliche Statut und Eichhorn (Staats- und Rechtsgeschichte §. 569) knüpft daran die Behauptung:

> Nicht nur bei der unmittelbaren Reichsritterschaft, sondern auch bei dem landsäßigen Adel erhielten die Töchter neben den Söhnen statt alles Erbtheils noch immer blos eine dem Herkommen angemessene standesmäßige Aussteuer und Brautschatz bei ihrer Verheirathung, oder standesmäßigen Unterhalt, wenn sie unverehelicht blieben.

Die Worte „statt alles Erbtheils" sind, da hier nur von „Töchtern und Söhnen" die Rede ist, wohl nur auf väterliche und etwa mütterliche Erbschaft zu beziehen[90]. Für die Beschränkung auf die erstere spricht auch der Aufsatz Möser's [91], welchen Eichhorn als Zeugniß für den Gebrauch des landsässigen Adels anführt. Aus dem ritterschaftlichen Statut dagegen, welches Eichhorn als Quelle für das reichsritterschaftliche Erbrecht citirt, würde mit gleichem Recht auch der Ausschluß von der mütterlichen und brüderlichen Erbschaft hergeleitet werden können; und wenn man damit vergleicht, wie Eichhorn über das Erbrecht des Adels sich an einem früheren Orte (§. 373. Anm. a. E.) ausgesprochen hat, so ist man allerdings versucht, diese strengere Ansicht als die seinige anzunehmen.

Allein das Statut von 1653 ist eine so zweifelhafte Quelle, daß darauf hin allein der Ausschluß der Töchter von aller Erbschaft der Eltern und Brüder nicht wohl gegründet werden kann. Nach einem bei J. A. Aufdiener (Praes. Strecker) Diss. sistens diversa dubia

---

90) S. Eichhorn a. a. O. §. 454.

91) Patriotische Phantasien Bd. 4. nr. 53. Dieser handelt jedoch blos von dem Herkommen der Osnabrükischen Ritterschaft, wovon oben schon die Rede war.

Digitized by Google

quidem vexata quoad maximam partem feudalia et equestria, tamen in Praxi Franconiae orientalis firmata, Erfurt, p. 67 f. und Estor, deutsche Rechtsgelahrtheit Thl. II, S. 147 abgedruckten Directorial-Attestat der fränkischen Ritterschaft vom 8. Septbr. 1709 ist weder im Jahr 1653 ein ritterschaftlicher Correspondenztag in Geißlingen gewesen, noch auch damals, früher oder später, trotz der stattgefundenen Propositionen unter den drei correspondirenden Ritterkreisen ein dergleichen statutum, die Verzichte oder ledige Anfälle der adelichen Töchter betreffend, zu Stande gekommen.

Der Grund, womit Dalwigk[92]) die Glaubwürdigkeit dieser Urkunde zu schwächen sucht: Lünig, der das Statut anführe, verdiene größere Glaubwürdigkeit, als der ganz unbekannte Aufdiener, der ohne Bürgschaft für die Aechtheit seines ritterschaftlichen Attestats, vielleicht um Aufsehen zu erregen, seine Dissertation geschrieben habe, ist in der That nicht weniger seicht, als die von anderer Seite gegen Lünig vorgebrachte Verdächtigung, daß derselbe als ein armer Stadtschreiber (in Leipzig!) um Brod gesammelt und gierig aufgenommen habe, was man ihm zugebracht. Lünig war gewiß ein fleißiger Sammler, und steht auch hinsichtlich der Zuverlässigkeit weit über früheren Compilatoren, z. B. Goldast; allein daß seine Kritik nicht über alle Zweifel erhaben ist, hat schon Pütter[93]) bemerkt. Ob er gleich auf seinen Reisen durch Deutschland manches unmittelbar zu erheben Gelegenheit hatte, so verdankte er doch einen großen Theil seiner Urkunden fremden Mittheilungen[94]); auch bereits Gedrucktes nahm er wieder auf (namentlich scheint das angeführte Statut, welches nicht blos im Reichsarchiv, sondern auch wieder im corp. jur. feud. von ihm mitgetheilt wurde, aus Burgemeister's reichsritterschaftlichem corpus juris, 1. Aufl. 1707 entnommen zu sein), ohne die Quelle, woraus er schöpfte, zu bezeichnen, oder sonst Rechenschaft von seinem Verfahren zu geben.

Der bloße Umstand, daß bei Lünig das Statut abgedruckt worden, kann daher keineswegs hinreichen, das Zeugniß von 1709 als unächt oder dessen Mittheilung in einer zu Erfurt unter dem Vorstande eines sehr fleißigen Dissertationen-Schriftstellers öffentlich

92) Eranien zum deutschen Privatrecht 1. Lieferung S. 85.
93) Literatur des Staatsrechts 1. Thl. S. 312.
94) S. Vorrede zum corpus juris feud.

Digitized by Google

vertheidigten Abhandlung für eine Fälschung zu erklären; vielmehr wird, wenn es sich um Abwägung der gegenseitigen Glaubwürdigkeit handelt, die Wage sich eher für letztere Schrift neigen, welche die ritterschaftlichen Sachen, insbesondere die Praxis der fränkischen Ritterschaft, im Auge hatte.

Hierzu kommt noch eine andere Erwägung. Das Zeugniß von 1709 steht mit der Urkunde von 1653 in keinem Widerspruch, wenn man annimmt, letztere sei ein bloßer Entwurf geblieben; oder, was wahrscheinlicher ist, es haben sich blos einzelne ritterschaftliche Mitglieder dazu geeinigt, ohne aber die übrigen und namentlich die Ritterschaft des fränkischen Kreises zum Beitritt bestimmen zu können. An Beispielen, daß bloße Entwürfe für vollendete Thatsachen genommen wurden, fehlt es in unserer Diplomatik nicht. Selbst Aufsätze, welche nicht zu förmlichen Entwürfen geworden waren, wurden als authentische Actenstücke angesehen. Ein Beispiel dieser Art ist die sogenannte Reformation Kaiser Friedrich's III. vom J. 1441. Selbst Goldast, welcher dieselbe in die Reichssatzungen aufnahm, wagte es nur, dieses Actenstück für einen auf einem Städtetag verfaßten und auf dem Reichstag dem Kaiser vorgelegten Entwurf *auszugeben*. G. W. Böhmer (Friederich's III. Entwurf einer magna Charta für Deutschland, Götting. 1818) hielt dasselbe noch vor nicht langer Zeit für ein aus der kaiserlichen Kanzlei auf *Befehl Friederich's* III. verfaßtes Reformationsproject, und nach Eichhorn[95]) ist der Aufsatz überhaupt erst in eine spätere Zeit, die des Baurenkriegs, zu setzen und so wenig von einem der Factoren der Reichsgesetzgebung ausgegangen, daß selbst der Baurenanführer Thomas Münzer als der Verfasser vermuthet wird.

Daß das ritterschaftliche Statut von 1653 bloßer Entwurf geblieben, wie Beseler[96]) annimmt, scheint nun freilich durch die Unterschriften bei Lünig corp. jur. feud. S. 1230 und Burgemeister a. a. O. widerlegt zu werden; allein diese Unterschriften enthalten blos Namen aus dem Canton Neckar-Schwarzwald. Diese Unterschriften können daher (woran nicht zu zweifeln ist) ächt, und doch das Statut nur Entwurf geblieben sein, wenn man nämlich annimmt, daß dieser Entwurf von jenem Canton ausgegangen und

95) Staats- und Rechtsgeschichte §. 408. Anm. 1.

96) Erbverträge S. 277. Note 37.


Digitized by Google

durch die Unterzeichnung der anwesenden Mitglieder dieses Cantons vorläufig anerkannt worden sei, ohne daß es gelungen wäre, die andern Cantone, so wie die fränkische Ritterschaft zum Beitritt zu bewegen. Außerdem ließe sich nämlich nicht wohl erklären, einerseits warum blos jene Unterschriften mitgetheilt werden [97]), und warum andererseits in dem späteren Statut der Reichsritterschaft des Theils am Neckar, Schwarzwald und Ortenau von 1701, das den Inhalt der Urkunde von 1653 fast durchaus wörtlich wiederholt, am Schlusse auf frühere Unterschriften der Voreltern sich bezogen ist. Das neuere Statut von 1701 wäre aber auch rein überflüssig gewesen, wenn zuvor von der gesammten Reichsritterschaft auf eine gültige Weise dessen Inhalt festgesetzt worden wäre. Es scheint also nur der weitere Zutritt des Bezirks Ortenau bis dahin erlangt worden zu sein.

Gleichwohl nehme ich Anstand, der Meinung Beseler's, daß das Geißlinger Statut bloßer Entwurf geblieben sei, beizutreten. Zunächst scheint mir nämlich der Umstand von Bedeutnng, daß dieser Einwand, so vielfach auch über die Gültigkeit des Statuts gestritten ward, von den Practikern älterer und zwar gerade derjenigen Zeit, welche der Entstehung des Statuts am nächsten kam, in der Regel nicht geltend gemacht worden. Auch das Statut

97) Lünig hat, wie Burgemeister, die Unterschriften nicht der Urkunde von 1653, sondern erst dem Statut von 1701 nach den neuern Namen beigefügt, unter der Bemerkung:

In dem ältern Statuto de 1653 haben sich folgende Herren Cavaliers am Neckar-Schwarzwaldt unterschrieben, als etc.

Warum, wenn einmal die Unterschriften gegeben werden sollten, wurden sie nicht der Urkunde von 1653 selbst beigefügt, falls diese sie schon enthielt? Und warum blos die Namen von Mitgliedern des Cantons Neckar-Schwarzwald? Weil das Statut von 1701 blos diese betraf, möchte man antworten; allein damit wäre die Weglassung der Unterschriften am früheren Orte nicht gerechtfertigt. Uebrigens betraf das Statut von 1701 nicht blos die Ritterschaft am Neckar und Schwarzwald, sondern auch den Bezirk Ortenau, welcher dem Ritterviertel Neckar zugetheilt war. Jedenfalls hat Burgemeister darin gefehlt, daß er in seinen Schriften nichts dazu beigetragen hat, den zu seiner Zeit erhobenen Zweifel über die Aechtheit des Statuts von 1653 zu entfernen.

Digitized by Google

selbst ward nicht erst durch Burgemeister und Lünig, sondern schon zuvor durch Andere bekannt gemacht, wenn gleich ebenfalls ohne Beifügung von Unterschriften. Namentlich findet sich dasselbe bei *C. Frid. Harpprecht*, tract. academici tom. II. Ulm 1698. p. 95, (einem von Lauterbach verfaßten Gutachten der Tübinger Juristen-Fakultät vom Jahre 1660 vorgedruckt) und in einem, wie es scheint, genaueren Abdruck bei *Schilter*, tract. praecipui de renunciationibus, Argentorati, 1702. tom. II. p. 20. (von dem Nürnbergischen Rath Leucht in seinen additiones zu Dalners tract. de renunciationibus mitgetheilt, wo p. 22 auch noch frühere Schriftsteller, welche den Bestand des Statuts behauptet haben). Besonders spricht für die Aechtheit des Statuts die Veranlassung zu dem ersteren Druck, nämlich das Tübinger Gutachten, welches gerade über die Frage:

„ob nämlich selbiges zu Recht kräftig und beständig?“

und zwar auf Erfordern der Ritterschaft von den drei Kreisen: Schwaben, Franken und am Rhein gestellt, und auf Verlangen (jussu) des Directors des Viertels am Neckar in die Harpprechtsche Traktatensammlung aufgenommen wurde [98]).

Auch in diesem Gutachten, welches nur um 7 Jahre *jünger ist*, als das Statut, wird die Thatsache, daß das Statut von den Directoribus, Ausschüssen, Hauptleuten, Räthen und Mitgliedern einer freien Reichsritterschaft der drei Kreise also geordnet worden, geradezu vorausgesetzt (p. 98), und lediglich den Zweifeln theils über seine formelle Verbindlichkeit, wegen des Autonomierechts der Reichsritterschaft und mangelnder kaiserlicher Bestätigung, theils über die materielle Gültigkeit desselben wegen des Notherbrechts der Töchter zu begegnen gesucht. Uebrigens wird in diesem Gutachten, mit Rücksicht auf die Meinung verschiedener Rechtsgelehrten, daß auch in familiis, quae merum imperium habent, zu dergleichen Statuten die kaiserliche Confirmation erforderlich sei, fürs beste und sicherste erachtet:

daß eine löbliche freie Reichsritterschaft dero allbereit gemachtes Conclusum werkstellig mache und der Römisch-Kaiserl. Majestät Confirmation allerunterthänigst suche und implorire [99]),

98) Harpprecht am ob. angef. O. S. 85.

99) Das. S. 114.

Digitized by Google

und weiter wird noch bemerkt:

daß diese Confirmation nachzusuchen die edle freie Reichsritterschaft bereits beschlossen habe [100]).

An der Thatsache, daß von der gesamten Reichsritterschaft ein Conclusum des angeführten Inhalts gefaßt worden, ist hiernach nicht zu zweifeln; wohl aber ersieht man aus den Worten der Tübinger Fakultät, daß dieses Conclusum bis zum Jahr 1660 noch nicht werkstellig gemacht d. h. die kaiserliche Bestätigung noch nicht nachgesucht worden war, wahrscheinlich weil sich Bedenken über seine Zulässigkeit erhoben hatten, welche nun die Fakultät zu lösen suchte. Von der Reichsritterschaft in Schwaben bezeugt auch Burgemeister [101]) (womit die Unterschriften in seinem Corpus juris und bei Lünig übereinstimmen): daß die in dem angeführten Statuto gemachte Verfassung in Schwaben, „wenigst bey dem Ritter-Viertel Neccar und Schwartzwald damahlen vermittelst der adelichen Membrorum aigenhändiger Subscription und Sigillierung in Würcklichkeit gesetzt worden," zugleich unter Berufung auf ein im Jahr 1696 von der Juristenfakultät in Halle gestelltes Gutachten [102]), wonach diese Verfassung etwas „zu universal" eingerichtet sei, „gestalten zu mütterlichen Erbschaften auch bei uralten reichsadelichen Familien die Töchter neben den Söhnen wenigstens posterioribus seculis zugelassen, sodann zu väterlichen eigenthümlichen Verlassenschaften bei einigen Familien iisdem posterioribus seculis inscitia antiquorum Germaniae jurium per abusum juris Justinianei privati admittirt waren."

Diesem, wie man sieht, nicht formellen, sondern materiellen Bedenken hätte nach den Ansichten jener Zeit allenfalls durch eine kaiserliche Confirmation, falls um solche die gesamte Ritterschaft eingekommen wäre, abgeholfen werden können. Indessen ward die kaiserliche Bestätigung entweder sofort nicht erbeten oder abgeschlagen; denn in keiner der reichsritterschaftlichen Schriften wird einer

100) Das. S. 136.

101) Deß unmittelb. freyen Reichsadels der dreyen Ritterkraißen, sonderlich aber in Schwaben ursprüngliche Immedietät. Ulm 1700. S. 306. Desselben Status equestris. Ulm 1709. S. 460.

102) S. bei Burgemeister bibl. equestris tom. 2. p. 104. seq.

solchen Bestätigung erwähnt [103]). Daher erhoben sich wegen dieses Mangels nunmehr auch bei Anwendung des Statuts rechtliche Anstände. Einzelne Praktiker nahmen das Statut dessen ungeachtet als gültig an [104]). Von andern dagegen ward seine Wirksamkeit überhaupt, insbesondere wegen mangelnder kaiserlicher Bestätigung, in Zweifel gezogen [105]). Und es läßt sich nicht läugnen, daß, wenn auch den einzelnen reichsritterschaftlichen Familien das Autonomierecht nach der richtigen Ansicht wirklich zukam, doch hieraus noch nicht folgt, daß den für ganz andere Zwecke errichteten ritterschaftlichen Behörden eine wahre Gesetzgebung in Familiensachen der Reichsritter, unabhängig vom Reichsoberhaupte einer- und den ritterschaftlichen Familien andererseits, zugekommen sei, zumal wenn, wie hier selbst von einem eifrigen Vertreter des reichsritterschaftlichen Körpers zugegeben ist, das bisherige Herkommen verlassen und in die Rechte Einzelner hinübergegriffen wird. Hier blieb nur der Ausweg, welcher auch von der Ritterschaft am Neckar-Schwarzwald ergriffen ward, durch die einzelnen Mitglieder der Ritterschaft die neue Satzung anerkennen zu lassen, wiewohl es auch dann immer noch zweifelhaft bleibt, ob diese ohne Zustimmung der *Agnaten* zu einem solchen Schritte berechtigt waren.

Es wurde nun zwar behauptet, daß das Statutum Geislingense von 1653, wenn auch nicht als Gesetz, so doch als *Zeugniß* von der bestehenden Rechtsgewohnheit (attestatum de observantia) zu betrachten sei [106]). Dasselbe lautet nämlich im Eingang so:

Wiewohl bey unsern in Gott ruhenden lieben Vor-Eltern,

---

103) In dem „kurzen Tractatus von des Teutschen Adels, sonderlich der Freyen Reichsritterschaft in Schwaben Staat, Stand, Ehren, Gerechtigkeit und alten Herkommenheiten von Joh. C. Kreydenmann, Tüb. 1673, bei J. G. Cotta, wo S. 139 f. von den Pflichten gegen Eltern, Kinder, Verwandte die Rede, ist des Statuts, freilich wie so manchen andern rechtlichen Puncts, gar nicht gedacht.

104) Boehmer, Consult. tom. 1. part. 2. resp. 86 n. 37. p. 412. tom. 3. part. 1. resp. 123. n. 17. p. 497. Bocris larva renunciationibus filiarum illustr. detracta. Bamb. 1750. §. 5. p. 7.

105) Cocceji, Diss. de renunc. et reservat. filiorum ill. §. 24. Cramer, Diss. de filia nob. vi consuet. vel pactis fam. renunciante §. 14. p. 10.

106) Cramer, Wetzlarische Nebenstunden B. 70. S. 115. Pütter, Rechtsfälle Thl. I. S. 163. §. 88.

Digitized by Google

auch bey uns von vielen unfürdenklichen Jahren öffentlich, geruhig und löblich Herkommen, wie dann solches noch biß auf iezige Zeit in üblichem Gebrauch ist, daß die von ihnen und uns gebohrne Eheliche Kinder Weiblichen Geschlechts, wann die zu ihren Mannbahren Jahren kommen, zu Erhaltung Mannlichen Stammes und Nahmens, sich der Vätter- Mütterlich- und Brüderlichen Erb- und Verlassenschaft, biß auf einen ledigen Anfall, gegen einem ziemlichen Heyrath-Guth- und Ausferttigung wirklich verzugen und begeben, daß doch solch bekandtliche uhraltes Herkommen eines Theilß in Zweiffel zu ziehen, und die vorgegangenen Renunciationes und Verzicht in mehr Weg anzufechten und unkräfftig zu machen unterstanden, wodurch unserm gemeinen Ritter-Wesen große Zerrüttung, Unruh und merklich Ungemach, mit vornehmer Familien Nachtheil und Schaden, zugezogen, die Mitglieder auch in schwere, köstbahre und weitläufftige Rechtfertigungen gerathen; Dahero 2c.

Diese Stelle, welche das Zeugniß für die bestehende Rechtsgewohnheit abgeben soll, geht einmal nicht so weit, als angenommen worden, daß nämlich auch ohne Verzicht der Ausschluß der Töchter und Schwestern anzunehmen sei, oder, wie man sich auszudrücken pflegt, daß dieselben ipso jure pro renunciatis zu halten; denn es ist darin nur von wirklichem Verzichten und Begeben die Rede. Dann aber sagt ja die Stelle selbst, daß das angeblich uralte Herkommen nicht allgemein anerkannt werde; und sowohl Burgemeister als die Haller Juristen-Fakultät geben hierzu, wie wir gesehen haben, einen Kommentar, wonach schon posterioribus seculis, d. h. im 15. und 16. Jahrhundert, jenes Herkommen in Abgang gerathen sein soll.

Mit dem Statut von 1653 ist daher weder für jene Zeit, noch weniger aber für eine spätere die behauptete, angeblich allgemeine, Observanz bewiesen.

Sehen wir uns nun aber nach andern Zeugnissen um, so läßt sich zwar nicht läugnen, daß die Gewohnheit der Erbverzichte um das Jahr 1653 wirklich vorhanden war; aber feste Grundsätze in Absicht auf diese Verzichte, namentlich ihren Umfang, ihre Wirkungen hatten sich bei den reichsritterschaftlichen Familien nicht gebildet.



Digitized by Google

So berichtet der in reichsritterschaftlichen Sachen vielfach unterrichtete und zu seiner Zeit sehr angesehene Ritter **Reinhard v. Gemmingen** zu Hornberg und Michelfeld (damals Aeltester der v. Gemmingenschen Familie) in der von ihm verfaßten Gemmingenschen Genealogie: „man habe ums Jahr 1414 noch nichts oder *wenig* von verzogenen Töchtern gewußt und es sey bei dem Gemmingenschen Geschlecht ao. 1493 der erste Verzicht geschehen" 107). Diese Angabe spricht wenigstens nicht dafür, daß schon von uralter Zeit her die Töchter reichsadelicher Familien zu Gunsten ihrer Brüder *allgemein* verzichtet haben. Beispiele von Verzichten ritterschaftlicher Fräulein aus dem 14. bis 16. Jahrhundert werden zwar von Burgemeister mit dem Bemerken angeführt: daß bis zum J. 1492 die Verzichte nicht mit leiblichem Eid beschworen, noch der Regreß nach der Masculorum Abgang vorbehalten worden sei 108). Allein diese Verzichte gehen theils auf väterliche, mütterliche und brüderliche, theils aber auch nur auf väterliche und mütterliche oder blos auf väterliche Erbschaft. *Ebenfalls* fehlt es nicht an Beispielen, daß Töchter vor und nach dem Statut von 1653 sogar zur Nachfolge in freiadelichen Gütern und Flecken vor ihren Stamm-Vettern und sogar neben ihren Brüdern *zugelassen* worden sind 109). Damit stimmt überein der Grund, warum nach dem Zeugnisse des fränkischen Ritter-Directoriums vom Jahre 1709 kein allgemeines Statut zu Stande gekommen: *weil allezeit* a priori dafür gehalten worden sei, daß sich hierüber darum nichts durchgehends statuiren, noch auch von einer dergleichen Observanz attestiren lasse, weil von Alters her die Verzichte gar unterschiedlich geleistet und insonderheit der s. g. ledige Anfall nicht auf einerlei Weise verstanden, sondern bisweilen auf Absterben der Brüder ohne Leibeserben, bisweilen auf Absterben derselben schon ohne

---

107) S. **Burgemeister** des unm. Reichsadels ursprüngliche Immedietät 1700. S. 304.

108) A. a. O. S. 308. 309. Andere Fälle, namentlich aus späterer Zeit siehe bei **Lünig**, Reichsarchiv, part. spec. cont. III. unter Schwaben und Franken; und bei v. **Neurath**, von der Regredienterbschaft S. 58 f.

109) S. den kaiserl. Lehenbrief von 1683 oben Note 84.

Digitized by Google

männliche Leibeserben, bisweilen auf Erlöschung der ganzen männlichen Descendenz conditionirt, zum öftern auch gar kein Regreß ad renunciata, sondern nur legitima successio in den Gütern des letzten Bruders vorbehalten, wenn den Schwestern oder deren Nachkommen solche ab intestato deferirt worden, daß also hierunter lediglich der Buchstaben eines jeden Verzichts angesehen und demselben nachgegangen werden müsse. Auch G. L. Böhmer [110]) (welcher häufig als Gewährsmann für den Ausschluß der Töchter angeführt wird), indem er das Zustandekommen des Statuts von 1653 ungewiß läßt, gibt zu, daß es an hinlänglichen Gründen ermangle, um eine allgemeine, bei der Reichsritterschaft hergebrachte, Observanz hinsichtlich der Renunciation der Töchter zu behaupten, daß namentlich von dem besonderen Herkommen und den Verträgen einzelner Familien noch nicht auf eine allgemeine Observanz zu schließen, und daß endlich von der bei Stamm- und Geschlechtsgütern eintretenden Gewohnheit auf ein gleichmäßiges Recht bei neu erworbenen Gütern keine Folge zu ziehen sei.

Kann nach dem Bisherigen das sogenannte Statutum Geislingense in keiner Hinsicht als Quelle des reichsritterschaftlichen Privatrechts, namentlich zum Beweis dafür angenommen werden, daß bei der gesammten vormaligen Reichsritterschaft der Ausschluß der Töchter von väterlicher, mütterlicher und brüderlicher Erbschaft ipso jure eingetreten sei, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, daß dieser Ausschluß bei einzelnen Kantonen Gesetz oder entschiedene Gewohnheit geworden sei.

Schon oben ist eine Vereinbarung der Reichsritterschaft des Theils am Neckar, Schwarzwald und Ortenau vom 23. Juni 1701 genannt worden [111]), welche den Inhalt des Entwurfs von 1653 wiederholt. Allein auch dieses Statut, welchem die meisten schwäbischen Viertel (Donau, Kocher, Kraichgau und Hegau) von An-

---

110) Rechtsfälle Bd. II. S. 45.

111) Gedruckt bei Lünig corp. jur. feud. tom. I. S. 1227. Außerdem wird in einem Gutachten bei J. Schilter, tract. praecipui de renunciationibus p. 198 ein Statut der fünf Ritterorte in Schwaben vom 12. Januar 1652 angeführt, wonach den verzichtenden Töchtern und deren Erben der Regreß zu ihrem Erbtheil bis zum 4. Grad des Mannsstamms absteigender Linie vorbehalten sein soll.



Digitized by Google

fang an nicht beigetreten waren, ist niemals zu einer allgemeinen Observanz gelangt, sei es, weil die kaiserliche Bestätigung auch ihr ermangelte, welche den Schriftstellern der damaligen Zeit mindestens nützlich schien [112]), oder weil nicht alle ritterschaftlichen Familien sich angeschlossen hatten. Namentlich blieb es immer eine sehr zweifelhafte Frage: ob und inwiefern reichsritterschaftliche Töchter, welche auf die Erbfolge nicht ausdrücklich Verzicht gethan und auch durch kein Familiengesetz davon ausgeschlossen werden, demungeachtet für verzichtete Töchter zu achten seien [113]).

Zwar wird, was den Kanton Kraichgau betrifft, von Gundling [114]) behauptet, die Töchter seien, auch wenn sie nicht verzichtet, pro renunliatis gehalten worden; allein mit der Notorietät, worauf er sich beruft, möchte es sich ebenso verhalten, wie mit der angeblichen Gewohnheit der fränkischen Reichsritterschaft [115]), wovon Mynsinger [116]) bemerkt:

> Praetenditur, consuetudinem esse in Franconia et *passim* in imperio Germanico, quod filiae, si legitime dotentur, sint exclusae ab omni jure succedendi, et pro renunciatis habeantur. Haec defensio magnam firmitatem haberet, *si* probata exsisteret; sed non est probata utcumque *in* hoc multum studii et laboris ab adversariis impensum *sit etc.*

Auch aus dem bei Schilter [117]) und Lünig [118]) abgedruckten Zeug-

---

112) Betsius, tract. de statut. famil. ill. cap. 9, p. 687 meinte sogar, auch die Zustimmung der Reichsstände wäre erforderlich, wogegen jedoch Lauterbach in dem Tübinger Gutachten bei Harpprecht, tract. acad. tom. II. S. 114.

113) J. J. Moser, von den Reichsständen S. 1272. Kerner, allgem. positives Staatslandrecht der unmittelb. freien Reichsritterschaft in Schwaben, Franken und am Rhein. Lemgo 1786.

114) Diss. de renunciat. hereditatum filiarum ill. cap. 6. §. 5. pag. 42: quod in pago Chraichoviensi vsu obtinere in vulgus notum sit, vt filiae quoque non renunciantes habeantur pro renunciatis.

115) N. Everhardus, jun. Vol. 1. cons. 6. nr. 10. p. 115. Lauterbach, resp. Tub. bei Harpprecht, de success. tract. 7. tom. II. p. 128 seq. n. 284 seq.

116) Responsa dec. 1. resp. 10 n. 31 seq. p. 76 seq.

117) Tract. praecipui, tom III. p. 35.

118) Reichsarchiv partis spec. cont. III. 3. Abschn. S. 57—78.


Digitized by Google

niß aller 6 Orte in Franken vom Jahr 1649 geht nur hervor, daß ein gewisser modus renunciandi unter der freien Reichsritterschaft in Franken seit undenklichen Jahren zu Erhaltung der adelichen Familien und Güter gebraucht und gehandhabt worden, nicht aber, daß auch, wenn nicht auf diese Weise verzichtet, gleichwohl ein Verzicht unterstellt worden sei. Uebrigens steht diesem Zeugniß das schon früher erwähnte Directorial-Attestat vom 7. Octbr. 1709 entgegen, wonach das sogenannte Geislinger Statut über Erbverzichte unter Anderm daran gescheitert, weil diese von Alters her gar unterschiedlich geleistet worden.

Gleich ungünstig für die behauptete allgemeine Gewohnheit der Reichsritterschaft lauten die Nachrichten von der unterelsäßischen Ritterschaft[119]. Diese hatte dem Kaiser vorgetragen, daß die in ihrem Bezirk gesessenen adelichen freien Geschlechter dadurch in nicht geringes Abnehmen kommen, weil die Töchter außerhalb der Lehen- und Stammgüter mit den Söhnen in Allodialibus zu gleichen Theilen erben, worauf der Kaiser am 25. Mai 1652 rescribirte:

> daß die adelichen Töchter, so ausserhalb der Lehen- und Stammgüter in allodialibus zu gleichen Theilen erben, wider die elterliche Dispositiones über ihre Verzicht, salva legitima, sich nicht opponiren sollen[120].

Dieser Bescheid, welcher den Töchtern den Pflichttheil vom Allodium der Eltern vorbehält und im Uebrigen ihre Verzichts-Verbind-

---

119) Selbst Knipschild (de nobilitate lib. III. c. 12), indem er der Fräuleinverzichte, als einer bei dem Adel der meisten Völker, namentlich Deutschlands, üblichen Regel erwähnt, muß zugeben, daß das Elsaß hierin eine Ausnahme mache. — Er beruft sich auf das Zeugniß des rheinischen Ritterhauptmanns Kaspar Lerch von Durmstein (de ord. equest. P. 2. p. 135), wonach die dem Mannsstamm zu Gutem unter dem Reichsadel stattfindende Gewohnheit der Renuntiationes und Aussteurung bei den adelichen Töchtern des Unter-Elsaßes anstehen geblieben. Lerch fügt noch bei: daß ohne dieses Mittel, so bei allen Illustribus üblich, die Adelichen Familiae mit Hab und Gütern schwerlich erhalten, vielmehr zerrissen und in Armuth gebracht werden müssen.

120) Lünig deutsches Reichsarchiv, partis spec. Cont. III. 4. Absatz S. 18.

Digitized by Google

lichkeit von elterlicher Verordnung abhängig macht, spricht ganz die gemeinrechtliche Regel aus, wonach, abgesehen von der besonderen Folge in Lehen- und Stammgüter, wie sie sich durch Herkommen und Statuten der einzelnen Familien gebildet hat, die Töchter nach gemeinem Recht zu behandeln sind, und daher zwar von ihren Eltern auf den Pflichttheil in der gemeinen Erbschaft eingesezt werden können, aber wenn diß nicht rite geschehen ist, ihren vollen Erbantheil gleich den Brüdern zu fordern berechtigt sind.

### §. 5. Familien-Herkommen und dessen Beweis.

Bei der Frage nach dem besonderen Herkommen einer bestimmten Familie scheint vor Allem festgestellt werden zu müssen: unter welchen Rechtsquellen die Familie früher gestanden ist, namentlich bei einer Familie des reichsritterschaftlichen Adels, ob unter fränkischem oder schwäbischem Recht u. s. f. Einzelne dieser Familien gehörten nun aber vermöge ihrer Besitzungen theils dem *einen*, theils dem andern Ritterkreise an, und sofern jene Besitzungen zuweilen in die Hände von Nebenlinien gekommen, so erklärt sich, warum in den Urkunden einer und derselben Familie bald auf die Gewohnheiten der fränkischen, bald auf die der schwäbischen Ritterschaft sich berufen wird.

Selbst der Fall kommt vor, daß auf fränkisches Herkommen sich berufen wird, während die Familie ihren Stammsitz in dem schwäbischen Kreise hatte, so z. B. bei der altadelichen Familie von Weiler, welche außer dem Flecken Weiler, von welchem sie den Namen führt, und der im schwäbischen Kanton Kochergau gelegen, auch noch die Güter Lichtenberg und Maienfels im fränkischen Kanton Odenwald besaß, und sich auch persönlich mehr zu diesem Kanton gehalten zu haben scheint, von dessen Directorium die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Tutorien, Inventuren und Theilungen u. s. w.) ausgiengen, autorisirt oder geleitet wurden. In einem Heiraths-Vertrag von 1746 zwischen Dieterich von Weiler und Elisabetha Eleonore von Weiler wird ausdrücklich gesagt, daß, wo etwas nicht expreß bestimmt wäre, der bei der Reichs-Ritterschaft in Franken bestehenden Observanz nachgegangen werden solle. Allein auch auf das Herkommen der schwäbischen Ritterschaft wird sich vielfach in einzelnen Urkunden berufen.

Digitized by Google

Es liegt sehr nahe, anzunehmen, daß durch die Hinweisung auf fränkisches oder schwäbisches Gewohnheits-Recht eine bestimmte Eigenthümlichkeit des einen oder andern habe ausgedrückt werden wollen. So wird in der Verzichts-Urkunde vom 20. Aug. 1639 von der Tochter des württembergischen Raths und Hofrichters Burkhard v. Weiler, Marie Elisabethe, dem väterlichen Mannsstamm (d. h. den von ihrem Vater abstammenden männlichen Verwandten) zum Besten, gegen Empfang der zugesagten Ehe- und Heimsteuer Verzicht geleistet auf alle ihre väter- mütter- und brüderliche Erbgerechtigkeit, nach dem löblichen Gebrauch der freien adelichen Reichsritterschaft in Schwaben. In einem andern Ehe-Vertrag von 1785 dagegen, worin auf reichsritterschaftliche Kanton Odenwaldische Rechte und Gewohnheiten und Weilersches Familien-Herkommen sich bezogen wird, ist nur von einer Abfertigung für das väterliche Gut die Rede.

Indessen kann man sich auf diese Hinweisungen nicht verlassen. Selbst die ritterschaftlichen Behörden sind nicht immer zuverlässig in ihren Angaben. So haben wir im vorigen §. eines Attestats des fränkischen Ritter-Directoriums vom Jahr 1649 gedacht, wornach die Verzichts-Formel auf väterliches, mütterliches und brüderliches Erbe allgemein in Franken gebraucht worden sein soll. Im Jahr 1709 bezeugte dagegen jenes Directorium, daß das Statut von 1653, worin jene Formel zu Grunde gelegt ist, deßhalb unterblieben sei, weil sich über die Verzichts-Gewohnheit nichts Allgemeines bezeugen lasse. Auch hier ist wieder die erstere Behauptung irrig, denn nach unserer Ausführung ist das Statut wirklich beschlossen, und nur nicht ausgeführt worden; was aber das Herkommen im fränkischen Kreise betrifft, so muß dem neueren Zeugnisse (von 1709) auch nach einer Anzahl ungedruckter Urkunden verschiedener Familien, welche ich eingesehen habe, der Vorzug gegeben werden.

Nach diesen Urkunden lauten nämlich die Verzichte theils auf väterliche, mütterliche, brüderliche und schwesterliche, theils auf väterliche und brüderliche, theils aber auch nur auf väterliche Erbschaft. In einer dieser Urkunden, welche für den umfassenden Verzicht spricht (Heirathsbrief zwischen Carl v. Zigesar und Fräulein v. Groß auf Kochendorf vom Jahr 1729) wird sich zwar auf das Recht der fränkischen Ritterschaft besonders bezogen in den Worten: „nach löblichem Herkommen der unmittelbaren Reichs-

Digitized by Google

ritterschaft in Franken, besonders des löblichen Orts Odenwald";
allein gleich in dem darauf folgenden Ehebrief zwischen Friederich
v. Weiler und Fräulein Marianne von Ellrichshausen von 1750
begibt sich die Letztere nur ihres väterlichen Erbguts, und zwar so-
wohl nach dem, unter dem löblichen reichsunmittelbaren Adel zu
Franken beständig hergebrachten, und bei beiden jetzt alliirten ade-
lichen Familles selbst von vielen Seculis her unverrückt beibehalte-
nen Herkommen und Gebrauch.

Während es nach der eben angeführten Urkunde scheinen könnte,
das fränkische Ritterrecht sei den Töchtern günstiger gewesen, wird
dagegen in einem Schreiben des ritterschaftlichen Consulenten Dr.
Frick in Eßlingen vom Jahr 1734 angeführt: daß die Consuetu-
dines Franconiae viel härter für die Töchter sein „sollen", als die
schwäbischen[121]). Worin aber der Unterschied bestehen solle, ist
nicht gesagt, sondern nur wieder bemerkt, daß das Statutum Geis-
lingense zu keiner allgemeinen Uebung in Schwaben gekommen sei,
indem Casus sich zugetragen, wo es gar nicht, und andere, wo es
auf's Genaueste beobachtet worden.

Eine feste Regel über den Umfang des Verzichts geht also auch
aus diesen, den Canton Odenwald insbesondere betreffenden, Zeug-
nissen nicht hervor, sondern das Gegentheil, daß nämlich bald auf
mehr, bald auf weniger verzichtet wurde.

Am wenigsten geht aber daraus hervor, was in dem, Eingangs
erwähnten, gerichtlichen Erkenntnisse angenommen worden, daß auch
die Erbschaft des Oheims regelmäßig unter dem Verzichte begrif-
fen gewesen, da, mag man die eine oder die andere der gebrauch-
ten Verzichtsformeln zu Grund legen, jedenfalls der Ausschluß der
Verzichtenden von dieser Erbschaft nicht daraus folgen würde.

Dieß beweist auch nicht ein in jener Sache zu den Acten ge-
brachtes Bedenken des Dr. Schober zu Nürnberg vom J. 1715,
wornach die adelichen Töchter im fränkischen Kreise auf die väter-
liche, mütterliche und brüderliche Erbschaft zu verzichten verbunden
gehalten sein sollen. Die Aechtheit der vorgelegten Abschrift vor-
ausgesetzt, folgt daraus nicht mehr, als der Vorschlag eines ritter-

---

121) Bei Cramer de filia nob. renunciante cap. 1. §. 14. (Opusc. I.
pag. 261.)

Digitized by Google

schaftlichen Consulenten; denn, daß der Inhalt nicht zum Gesetze geworden, geht daraus hervor, daß in der Sammlung fränkischer Statuten (gedruckt 1772) nichts davon enthalten ist. Uebrigens sind auch nach diesem Bedenken die Töchter nur ausgeschlossen, wenn Söhne, beziehungsweise Brüder vorhanden sind.

Von günstigerer Vorbedeutung für den Mannsstamm scheint die Anschließung des Familienrechts an das schwäbische Ritterrecht zu sein, worauf sich gleichfalls öfters in Urkunden berufen wird. Hier ist doch wenigstens einiger Anhaltspunkt in dem Statut vom Jahr 1701. Allein es ist bereits bemerkt worden, daß hieran die meisten Cantone keinen Antheil genommen. Im Uebrigen gilt, was die schwäbische Ritterschaft betrifft, das oben §. 4 Gesagte, wornach ein übereinstimmendes Gewohnheitsrecht sich hier so wenig gebildet hat, als in Franken, und wornach auch das angeführte Statut zu einer allgemeinen Observanz nicht gelangt ist.

Bleibt also nichts übrig, als die Quelle des behaupteten Gewohnheits-Rechts für den Ausschluß der Töchter in dem besonderen Familien-Recht zu suchen, so fragt sich zunächst: worauf giengen hier die Verzichte?

Nach den, in dem angeführten Falle von beiden Theilen vorgelegten, zahlreichen Urkunden waren die Verzichte in der v. Weiler'schen Familie theils auf väterliche, mütterliche und brüderliche Erbschaft, theils aber auch nur auf väterliche und brüderliche, oder väterliche und vetterliche, oder auch blos auf väterliche Erbschaft gerichtet.

Ein solches Schema liefert nun freilich keine vollständige Ueberzeugung; denn die Beschränkung des Verzichts auf elterliche und brüderliche Erbschaft kann sowohl ihren Grund darin haben, weil keine Schwester oder kein Vetter da war, deren Erbschaft zu hoffen stand, als auch darin, weil solche vorbehalten werden wollte. Hiergegen ließ sich nun zwar aus den Acten der Beweis führen, daß viele Töchter auf schwesterliches und vetterliches Erbe nicht verzichtet haben, wenn gleich Veranlassung dazu vorhanden gewesen wäre (z. B. Verzichte der Töchter Dieterichs v. Weiler von 1598, 1608 u. 1609); allein konnte nicht zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes Herkommen in Ansehung der Verzichte sich gebildet haben?

Auch diese Frage wird wohl in der Regel zu verneinen sein; denn, wenn gleich sichtbar ganze Reihen von Verzichtsurkunden nach

Digitized by Google

solchen Bestätigung erwähnt [103]). Daher erhoben sich wegen dieses Mangels nunmehr auch bei Anwendung des Statuts rechtliche Anstände. Einzelne Praktiker nahmen das Statut dessen ungeachtet als gültig an [104]). Von andern dagegen ward seine Wirksamkeit überhaupt, insbesondere wegen mangelnder kaiserlicher Bestätigung, in Zweifel gezogen [105]). Und es läßt sich nicht läugnen, daß, wenn auch den einzelnen reichsritterschaftlichen Familien das Autonomierecht nach der richtigen Ansicht wirklich zukam, doch hieraus noch nicht folgt, daß den für ganz andere Zwecke errichteten ritterschaftlichen Behörden eine wahre Gesetzgebung in Familiensachen der Reichsritter, unabhängig vom Reichsoberhaupte einer- und den ritterschaftlichen Familien andererseits, zugekommen sei, zumal wenn, wie hier selbst von einem eifrigen Vertreter des reichsritterschaftlichen Körpers zugegeben ist, das bisherige Herkommen verlassen und in die Rechte Einzelner hinübergegriffen wird. Hier blieb nur der Ausweg, welcher auch von der Ritterschaft am Neckar-Schwarzwald ergriffen ward, durch die einzelnen Mitglieder der Ritterschaft die neue Satzung anerkennen zu lassen, wiewohl es auch dann immer noch zweifelhaft bleibt, ob diese ohne Zustimmung der Agnaten zu einem solchen Schritte berechtigt waren.

Es wurde nun zwar behauptet, daß das Statutum Geislingense von 1653, wenn auch nicht als Gesetz, so doch als *Zeugniß von der bestehenden Rechtsgewohnheit* (attestatum de observantia) zu betrachten sei [106]). Dasselbe lautet nämlich im Eingang so:

Wiewohl bey unsern in Gott ruhenden lieben Vor-Eltern,

---

103) In dem „kurzen Tractatus von des Teutschen Adels, sonderlich der Freyen Reichsritterschaft in Schwaben Staat, Stand, Ehren, Gerechtigkeit und alten Herkommenheiten von Joh. C. Kreydenmann, Tüb. 1673, bei J. G. Cotta, wo S. 139 f. von den Pflichten gegen Eltern, Kinder, Verwandte die Rede, ist des Statuts, freilich wie so manchen andern rechtlichen Puncts, gar nicht gedacht.

104) Boehmer, Consult. tom. 1. part. 2. resp. 86 n. 37. p. 412. tom. 3. part. 1. resp. 123. n. 17. p. 497. Bocris larva renunciationibus filiarum illustr. detracta. Bamb. 1750. §. 5. p. 7.

105) Cocceji, Diss. de renunc. et reservat. filiorum ill. §. 24. Cramer, Diss. de filia nob. vi consuet. vel pactis fam. renunciante §. 14. p. 10.

106) Cramer, Wetzlarische Nebenstunden B. 70. S. 115. Pütter, Rechtsfälle Thl. I. S. 163. §. 88.

Digitized by Google

auch bey uns von vielen unfürdenklichen Jahren öffentlich, geruhig und löblich Herkommen, wie dann solches noch biß auf iezige Zeit in üblichem Gebrauch ist, daß die von ihnen und uns gebohrne Eheliche Kinder Weiblichen Geschlechts, wann die zu ihren Mannbahren Jahren kommen, zu Erhaltung Mannlichen Stammes und Nahmens, sich der Vätter- Mütterlich- und Brüderlichen Erb- und Verlassenschaft, biß auf einen ledigen Anfall, gegen einem ziemlichen Heyrath- Guth- und Ausferttigung wirklich verzugen und begeben, daß doch solch bekandtliche uhraltes Herkommen eines Theilß in Zweiffel zu ziehen, und die vorgegangenen Renunciationes und Verzicht in mehr Weg anzufechten und unkräfftig zu machen unterstanden, wodurch unserm gemeinen Ritter-Wesen große Zerrüttung, Unruh und merklich Ungemach, mit vornehmer Familien Nachtheil und Schaden, zugezogen, die Mitglieder auch in schwere, köstbahre und weitläufftige Rechtfertigungen gerathen; Dahero 2c.

Diese Stelle, welche das Zeugniß für die bestehende Rechtsgewohnheit abgeben soll, geht einmal nicht so weit, als angenommen worden, daß nämlich auch ohne Verzicht der Ausschluß der Töchter und Schwestern anzunehmen sei, oder, wie man sich auszudrücken pflegt, daß dieselben ipso jure pro renunciatis zu halten; denn es ist darin nur von wirklichem Verzichten und Begeben die Rede. Dann aber sagt ja die Stelle selbst, daß das angeblich uralte Herkommen nicht allgemein anerkannt werde; und sowohl Burgemeister als die Haller Juristen-Fakultät geben hierzu, wie wir gesehen haben, einen Kommentar, wonach schon posterioribus seculis, d. h. im 15. und 16. Jahrhundert, jenes Herkommen in Abgang gerathen sein soll.

Mit dem Statut von 1653 ist daher weder für jene Zeit, noch weniger aber für eine spätere die behauptete, angeblich allgemeine, Observanz bewiesen.

Sehen wir uns nun aber nach andern Zeugnissen um, so läßt sich zwar nicht läugnen, daß die Gewohnheit der Erbverzichte um das Jahr 1653 wirklich vorhanden war; aber feste Grundsätze in Absicht auf diese Verzichte, namentlich ihren Umfang, ihre Wirkungen hatten sich bei den reichsritterschaftlichen Familien nicht gebildet.



Digitized by Google

So berichtet der in reichsritterschaftlichen Sachen vielfach unterrichtete und zu seiner Zeit sehr angesehene Ritter Reinhard v. Gemmingen zu Hornberg und Michelfeld (damals Aeltester der v. Gemmingenschen Familie) in der von ihm verfaßten Gemmingenschen Genealogie: „man habe ums Jahr 1414 noch nichts oder wenig von verzogenen Töchtern gewußt und es sey bei dem Gemmingenschen Geschlecht ao. 1493 der erste Verzicht geschehen“ [107]). Diese Angabe spricht wenigstens nicht dafür, daß schon von uralter Zeit her die Töchter reichsadelicher Familien zu Gunsten ihrer Brüder allgemein verzichtet haben. Beispiele von Verzichten ritterschaftlicher Fräulein aus dem 14. bis 16. Jahrhundert werden zwar von Burgemeister mit dem Bemerken angeführt: daß bis zum J. 1492 die Verzichte nicht mit leiblichem Eid beschworen, noch der Regreß nach der Masculorum Abgang vorbehalten worden sei [108]). Allein diese Verzichte gehen theils auf väterliche, mütterliche und brüderliche, theils aber auch nur auf väterliche und mütterliche oder blos auf väterliche Erbschaft. Ebenfalls fehlt es nicht an Beispielen, daß Töchter vor und nach dem Statut von 1653 sogar zur Nachfolge in freiadelichen Gütern und Flecken vor ihren Stamm-Vettern und sogar neben ihren Brüdern *zugelassen* worden sind [109]). Damit stimmt überein der Grund, warum nach dem Zeugnisse des fränkischen Ritter-Directoriums vom Jahre 1709 kein allgemeines Statut zu Stande gekommen: *weil allezeit* a priori dafür gehalten worden sei, daß sich hierüber darum nichts durchgehends statuiren, noch auch von einer dergleichen Observanz attestiren lasse, weil von Alters her die Verzichte gar unterschiedlich geleistet und insonderheit der s. g. ledige Anfall nicht auf einerlei Weise verstanden, sondern bisweilen auf Absterben der Brüder ohne Leibeserben, bisweilen auf Absterben derselben schon ohne

---

107) S. Burgemeister des unm. Reichsadels ursprüngliche Immedietät 1700. S. 304.

108) A. a. O. S. 308. 309. Andere Fälle, namentlich aus späterer Zeit siehe bei Lünig, Reichsarchiv, part. spec. cont. III. unter Schwaben und Franken; und bei v. Neurath, von der Regredienterbschaft S. 58 f.

109) S. den kaiserl. Lehenbrief von 1683 oben Note 84.

Digitized by Google

männliche Leibeserben, bisweilen auf Erlöschung der ganzen männlichen Descendenz conditionirt, zum öftern auch gar kein Regreß ad renunciata, sondern nur legitima successio in den Gütern des letzten Bruders vorbehalten, wenn den Schwestern oder deren Nachkommen solche ab intestato deferirt worden, daß also hierunter lediglich der Buchstaben eines jeden Verzichts angesehen und demselben nachgegangen werden müsse. Auch G. L. Böhmer [110]) (welcher häufig als Gewährsmann für den Ausschluß der Töchter angeführt wird), indem er das Zustandekommen des Statuts von 1653 ungewiß läßt, gibt zu, daß es an hinlänglichen Gründen ermangle, um eine allgemeine, bei der Reichsritterschaft hergebrachte, Observanz hinsichtlich der Renunciation der Töchter zu behaupten, daß namentlich von dem besonderen Herkommen und den Verträgen einzelner Familien noch nicht auf eine allgemeine Observanz zu schließen, und daß endlich von der bei Stamm- und Geschlechtsgütern eintretenden Gewohnheit auf ein gleichmäßiges Recht bei neu erworbenen Gütern keine Folge zu ziehen sei.

Kann nach dem Bisherigen das sogenannte Statutum Geislingense in keiner Hinsicht als Quelle des reichsritterschaftlichen Privatrechts, namentlich zum Beweis dafür angenommen werden, daß bei der gesammten vormaligen Reichsritterschaft der Ausschluß der Töchter von väterlicher, mütterlicher und brüderlicher Erbschaft ipso jure eingetreten sei, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, daß dieser Ausschluß bei einzelnen Kantonen Gesetz oder entschiedene Gewohnheit geworden sei.

Schon oben ist eine Vereinbarung der Reichsritterschaft des Theils am Neckar, Schwarzwald und Ortenau vom 23. Juni 1701 genannt worden [111]), welche den Inhalt des Entwurfs von 1653 wiederholt. Allein auch dieses Statut, welchem die meisten schwäbischen Viertel (Donau, Kocher, Kraichgau und Hegau) von An-

110) Rechtsfälle Bd. II. S. 45.

111) Gedruckt bei Lünig corp jur. feud tom. I. S. 1227. Außerdem wird in einem Gutachten bei J. Schilter, tract. praecipui de renunciationibus p. 198 ein Statut der fünf Ritterorte in Schwaben vom 12. Januar 1652 angeführt, wonach den verzichtenden Töchtern und deren Erben der Regreß zu ihrem Erbtheil bis zum 4. Grad des Mannsstamms absteigender Linie vorbehalten sein soll.



Digitized by Google

fang an nicht beigetreten waren, ist niemals zu einer allgemeinen Observanz gelangt, sei es, weil die kaiserliche Bestätigung auch ihm ermangelte, welche den Schriftstellern der damaligen Zeit mindestens nützlich schien [112]), oder weil nicht alle ritterschaftlichen Familien sich angeschlossen hatten. Namentlich blieb es immer eine sehr zweifelhafte Frage: ob und inwiefern reichsritterschaftliche Töchter, welche auf die Erbfolge nicht ausdrücklich Verzicht gethan und auch durch kein Familiengesetz davon ausgeschlossen werden, demungeachtet für verzichtete Töchter zu achten seien [113]).

Zwar wird, was den Kanton Kraichgau betrifft, von Gundling [114]) behauptet, die Töchter seien, auch wenn sie nicht verzichtet, pro renunliatis gehalten worden; allein mit der Notorietät, worauf er sich beruft, möchte es sich ebenso verhalten, wie mit der angeblichen Gewohnheit der fränkischen Reichsritterschaft [115]), wovon Mynsinger [116]) bemerkt:

> Praetenditur, consuetudinem esse in Franconia et passim in imperio Germanico, quod filiae, si legitime dotentur, sint exclusae ab omni jure succedendi, et pro renunciatis habeantur. Haec defensio magnam firmitatem haberet, si probata exsisteret; sed non est probata utcumque in hoc multum studii et laboris ab adversariis impensum sit etc.

Auch aus dem bei Schilter [117]) und Lünig [118]) abgedruckten Zeug=

---

112) Betsius, tract. de statut. famil. ill. cap. 9, p. 687 meinte sogar, auch die Zustimmung der Reichsstände wäre erforderlich, wogegen jedoch Lauterbach in dem Tübinger Gutachten bei Harpprecht, tract. acad. tom. II. S. 114.

113) J. J. Moser, von den Reichsständen S. 1272. Kerner, allgem. positives Staatslandrecht der unmittelb. freien Reichsritterschaft in Schwaben, Franken und am Rhein. Lemgo 1786.

114) Diss. de renunciat. hereditatum filiarum ill. cap. 6. §. 5. pag. 42: quod in pago Chraichoviensi vsu obtinere in vulgus notum sit, vt filiae quoque non renunciantes habeantur pro renunciatis.

115) N. Everhardus, jun. Vol. 1. cons. 6. nr. 10. p. 115. Lauterbach, resp. Tub. bei Harpprecht, de success. tract. 7. tom. II. p. 128 seq. n. 284 seq.

116) Responsa dec. 1. resp. 10 n. 31 seq. p. 76 seq.

117) Tract. praecipui, tom III. p. 35.

118) Reichsarchiv partis spec. cont. III. 3. Abschn. S. 57—78.

Digitized by Google

niß aller 6 Orte in Franken vom Jahr 1649 geht nur hervor, daß ein gewisser modus renunciandi unter der freien Reichsritterschaft in Franken seit undenklichen Jahren zu Erhaltung der adelichen Familien und Güter gebraucht und gehandhabt worden, nicht aber, daß auch, wenn nicht auf diese Weise verzichtet, gleichwohl ein Verzicht unterstellt worden sei. Uebrigens steht diesem Zeugniß das schon früher erwähnte Directorial-Attestat vom 7. Octbr. 1709 entgegen, wonach das sogenannte Geislinger Statut über Erbverzichte unter Anderm daran gescheitert, weil diese von Alters her gar unterschiedlich geleistet worden.

Gleich ungünstig für die behauptete allgemeine Gewohnheit der Reichsritterschaft lauten die Nachrichten von der unterelsäßischen Ritterschaft[119]. Diese hatte dem Kaiser vorgetragen, daß die in ihrem Bezirk gesessenen adelichen freien Geschlechter dadurch in nicht geringes Abnehmen kommen, weil die Töchter außerhalb der Lehen- und Stammgüter mit den Söhnen in Allodialibus zu gleichen Theilen erben, worauf der Kaiser am 25. Mai 1652 rescribirte:

> daß die adelichen Töchter, so ausserhalb der Lehen- und Stammgüter in allodialibus zu gleichen Theilen erben, wider die elterliche Dispositiones über ihre Verzicht, salva legitima, sich nicht opponiren sollen[120].

Dieser Bescheid, welcher den Töchtern den Pflichttheil vom Allodium der Eltern vorbehält und im Uebrigen ihre Verzichts-Verbind-

---

119) Selbst Knipschild (de nobilitate lib. III. c. 12), indem er der Fräuleinverzichte, als einer bei dem Adel der meisten Völker, namentlich Deutschlands, üblichen Regel erwähnt, muß zugeben, daß das Elsaß hierin eine Ausnahme mache. — Er beruft sich auf das Zeugniß des rheinischen Ritterhauptmanns Kaspar Lerch von Durmstein (de ord. equest. P. 2. p. 135), wonach die dem Mannsstamm zu Gutem unter dem Reichsadel stattfindende Gewohnheit der Renuntiationes und Aussteurung bei den adelichen Töchtern des Unter-Elsaßes anstehen geblieben. Lerch fügt noch bei: daß ohne dieses Mittel, so bei allen Illustribus üblich, die Adelichen Familiae mit Hab und Gütern schwerlich erhalten, vielmehr zerrissen und in Armuth gebracht werden müssen.

120) Lünig deutsches Reichsarchiv, partis spec. Cont. III. 4. Absatz S. 18.

Digitized by Google

lichkeit von elterlicher Verordnung abhängig macht, spricht ganz die gemeinrechtliche Regel aus, wonach, abgesehen von der besonderen Folge in Lehen- und Stammgüter, wie sie sich durch Herkommen und Statuten der einzelnen Familien gebildet hat, die Töchter nach gemeinem Recht zu behandeln sind, und daher zwar von ihren Eltern auf den Pflichttheil in der gemeinen Erbschaft eingesezt werden können, aber wenn diß nicht rite geschehen ist, ihren vollen Erbantheil gleich den Brüdern zu fordern berechtigt sind.

## §. 5. Familien-Herkommen und dessen Beweis.

Bei der Frage nach dem besonderen Herkommen einer bestimmten Familie scheint vor Allem festgestellt werden zu müssen: unter welchen Rechtsquellen die Familie früher gestanden ist, namentlich bei einer Familie des reichsritterschaftlichen Adels, ob unter fränkischem oder schwäbischem Recht u. s. f. Einzelne dieser Familien gehörten nun aber vermöge ihrer Besitzungen theils dem einen, theils dem andern Ritterkreise an, und sofern jene Besitzungen zuweilen in die Hände von Nebenlinien gekommen, so erklärt sich, warum in den Urkunden einer und derselben Familie bald auf die Gewohnheiten der fränkischen, bald auf die der schwäbischen Ritterschaft sich berufen wird.

Selbst der Fall kommt vor, daß auf fränkisches Herkommen sich berufen wird, während die Familie ihren Stammsitz in dem schwäbischen Kreise hatte, so z. B. bei der altadelichen Familie von Weiler, welche außer dem Flecken Weiler, von welchem sie den Namen führt, und der im schwäbischen Kanton Kochergau gelegen, auch noch die Güter Lichtenberg und Maienfels im fränkischen Kanton Odenwald besaß, und sich auch persönlich mehr zu diesem Kanton gehalten zu haben scheint, von dessen Directorium die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Tutorien, Inventuren und Theilungen u. s. w.) ausgiengen, autorisirt oder geleitet wurden. In einem Heiraths-Vertrag von 1746 zwischen Dieterich von Weiler und Elisabetha Eleonore von Weiler wird ausdrücklich gesagt, daß, wo etwas nicht expreß bestimmt wäre, der bei der Reichs-Ritterschaft in Franken bestehenden Observanz nachgegangen werden solle. Allein auch auf das Herkommen der schwäbischen Ritterschaft wird sich vielfach in einzelnen Urkunden berufen.

Digitized by Google

Es liegt sehr nahe, anzunehmen, daß durch die Hinweisung auf fränkisches oder schwäbisches Gewohnheits-Recht eine bestimmte Eigenthümlichkeit des einen oder andern habe ausgedrückt werden wollen. So wird in der Verzichts-Urkunde vom 20. Aug. 1639 von der Tochter des württembergischen Raths und Hofrichters Burkhard v. Weiler, Marie Elisabethe, dem väterlichen Mannsstamm (d. h. den von ihrem Vater abstammenden männlichen Verwandten) zum Besten, gegen Empfang der zugesagten Ehe- und Heimsteuer Verzicht geleistet auf alle ihre väter- mütter- und brüderliche Erbgerechtigkeit, nach dem löblichen Gebrauch der freien adelichen Reichsritterschaft in Schwaben. In einem andern Ehe-Vertrag von 1785 dagegen, worin auf reichsritterschaftliche Kanton Odenwaldische Rechte und Gewohnheiten und Weilersches Familien-Herkommen sich bezogen wird, ist nur von einer Abfertigung für das väterliche Gut die Rede.

Indessen kann man sich auf diese Hinweisungen nicht verlassen. Selbst die ritterschaftlichen Behörden sind nicht immer zuverlässig in ihren Angaben. So haben wir im vorigen §. eines Attestats des fränkischen Ritter-Directoriums vom Jahr 1649 gedacht, wornach die Verzichts-Formel auf väterliches, mütterliches und brüderliches Erbe allgemein in Franken gebraucht worden sein soll. Im Jahr 1709 bezeugte dagegen jenes Directorium, daß das Statut von 1653, worin jene Formel zu Grunde gelegt ist, deßhalb unterblieben sei, weil sich über die Verzichts-Gewohnheit nichts Allgemeines bezeugen lasse. Auch hier ist wieder die erstere Behauptung irrig, denn nach unserer Ausführung ist das Statut wirklich beschlossen, und nur nicht ausgeführt worden; was aber das Herkommen im fränkischen Kreise betrifft, so muß dem neueren Zeugnisse (von 1709) auch nach einer Anzahl ungedruckter Urkunden verschiedener Familien, welche ich eingesehen habe, der Vorzug gegeben werden.

Nach diesen Urkunden lauten nämlich die Verzichte theils auf väterliche, mütterliche, brüderliche und schwesterliche, theils auf väterliche und brüderliche, theils aber auch nur auf väterliche Erbschaft. In einer dieser Urkunden, welche für den umfassenden Verzicht spricht (Heirathsbrief zwischen Carl v. Zigesar und Fräulein v. Groß auf Kochendorf vom Jahr 1729) wird sich zwar auf das Recht der fränkischen Ritterschaft besonders bezogen in den Worten: „nach löblichem Herkommen der unmittelbaren Reichs-

Digitized by Google

selbst ward nicht erst durch Burgemeister und Lünig, sondern schon zuvor durch Andere bekannt gemacht, wenn gleich ebenfalls ohne Beifügung von Unterschriften. Namentlich findet sich dasselbe bei *C. Frid. Harpprecht*, tract. academici tom. II. Ulm 1698. p. 95, (einem von Lauterbach verfaßten Gutachten der Tübinger Juristen-Fakultät vom Jahre 1660 vorgedruckt) und in einem, wie es scheint, genaueren Abdruck bei *Schilter*, tract. praecipui de renunciationibus, Argentorati, 1702. tom. II. p. 20. (von dem Nürnbergischen Rath Leucht in seinen additiones zu Dalners tract. de renunciationibus mitgetheilt, wo p. 22 auch noch frühere Schriftsteller, welche den Bestand des Statuts behauptet haben). Besonders spricht für die Aechtheit des Statuts die Veranlassung zu dem ersteren Druck, nämlich das Tübinger Gutachten, welches gerade über die Frage:

„ob nämlich selbiges zu Recht kräftig und beständig?"

und zwar auf Erfordern der Ritterschaft von den drei Kreisen: Schwaben, Franken und am Rhein gestellt, und auf Verlangen (jussu) des Directors des Viertels am Neckar in die Harpprechtsche Traktatensammlung aufgenommen wurde [98]).

Auch in diesem Gutachten, welches nur um 7 Jahre *jünger ist*, als das Statut, wird die Thatsache, daß das Statut von den Directoribus, Ausschüssen, Hauptleuten, Räthen und Mitgliedern *einer* freien Reichsritterschaft der drei Kreise also geordnet *worden*, geradezu vorausgesetzt (p. 98), und lediglich den Zweifeln theils über seine formelle Verbindlichkeit, wegen des Autonomierechts der Reichsritterschaft und mangelnder kaiserlicher Bestätigung, theils über die materielle Gültigkeit desselben wegen des Notherbrechts der Töchter zu begegnen gesucht. Uebrigens wird in diesem Gutachten, mit Rücksicht auf die Meinung verschiedener Rechtsgelehrten, daß auch in familiis, quae merum imperium habent, zu dergleichen Statuten die kaiserliche Confirmation erforderlich sei, fürs beste und sicherste erachtet:

daß eine löbliche freie Reichsritterschaft dero allbereit gemachtes Conclusum werkstellig mache und der Römisch-Kaiserl. Majestät Confirmation allerunterthänigst suche und implorire [99]),

98) Harpprecht am ob. angef. O. S. 85.

99) Das. S. 114.

und weiter wird noch bemerkt:

daß diese Confirmation nachzusuchen die edle freie Reichsritterschaft bereits beschlossen habe [100].

An der Thatsache, daß von der gesamten Reichsritterschaft ein Conclusum des angeführten Inhalts gefaßt worden, ist hiernach nicht zu zweifeln; wohl aber ersieht man aus den Worten der Tübinger Fakultät, daß dieses Conclusum bis zum Jahr 1660 noch nicht werkstellig gemacht d. h. die kaiserliche Bestätigung noch nicht nachgesucht worden war, wahrscheinlich weil sich Bedenken über seine Zulässigkeit erhoben hatten, welche nun die Fakultät zu lösen suchte. Von der Reichsritterschaft in Schwaben bezeugt auch Burgemeister [101]) (womit die Unterschriften in seinem Corpus juris und bei Lünig übereinstimmen): daß die in dem angeführten Statuto gemachte Verfassung in Schwaben, „wenigst bey dem Ritter-Viertel Neccar und Schwartzwald damahlen vermittelst der adelichen Membrorum aigenhändiger Subscription und Sigillierung in Würcklichkeit gesetzt worden,“ zugleich unter Berufung auf ein im Jahr 1696 von der Juristenfakultät in Halle gestelltes Gutachten [102]), wonach diese Verfassung etwas „zu universal“ eingerichtet sei, „gestalten zu mütterlichen Erbschaften auch bei uralten reichsadelichen Familien die Töchter neben den Söhnen wenigstens posterioribus seculis zugelassen, sodann zu väterlichen eigenthümlichen Verlassenschaften bei einigen Familien iisdem posterioribus seculis inscitia antiquorum Germaniae jurium per abusum juris Justinianei privati admittirt waren.“

Diesem, wie man sieht, nicht formellen, sondern materiellen Bedenken hätte nach den Ansichten jener Zeit allenfalls durch eine kaiserliche Confirmation, falls um solche die gesamte Ritterschaft eingekommen wäre, abgeholfen werden können. Indessen ward die kaiserliche Bestätigung entweder sofort nicht erbeten oder abgeschlagen; denn in keiner der reichsritterschaftlichen Schriften wird einer

---

100) Das. S. 136.

101) Deß unmittelb. freyen Reichsadels der dreyen Ritterkraißen, sonderlich aber in Schwaben ursprüngliche Immedietät. Ulm 1700. S. 306. Desselben Status equestris. Ulm 1709. S. 460.

102) S. bei Burgemeister bibl. equestris tom. 2. p. 104. seq.

solchen Bestätigung erwähnt [103]). Daher erhoben sich wegen dieses Mangels nunmehr auch bei Anwendung des Statuts rechtliche Anstände. Einzelne Praktiker nahmen das Statut dessen ungeachtet als gültig an [104]). Von andern dagegen ward seine Wirksamkeit überhaupt, insbesondere wegen mangelnder kaiserlicher Bestätigung, in Zweifel gezogen [105]). Und es läßt sich nicht läugnen, daß, wenn auch den einzelnen reichsritterschaftlichen Familien das Autonomierecht nach der richtigen Ansicht wirklich zukam, doch hieraus noch nicht folgt, daß den für ganz andere Zwecke errichteten ritterschaftlichen Behörden eine wahre Gesetzgebung in Familiensachen der Reichsritter, unabhängig vom Reichsoberhaupte einer- und den ritterschaftlichen Familien andererseits, zugekommen sei, zumal wenn, wie hier selbst von einem eifrigen Vertreter des reichsritterschaftlichen Körpers zugegeben ist, das bisherige Herkommen verlassen und in die Rechte Einzelner hinübergegriffen wird. Hier blieb nur der Ausweg, welcher auch von der Ritterschaft am Neckar-Schwarzwald ergriffen ward, durch die einzelnen Mitglieder der Ritterschaft die neue Satzung anerkennen zu lassen, wiewohl es auch dann immer noch zweifelhaft bleibt, ob diese ohne Zustimmung der *Agnaten* zu einem solchen Schritte berechtigt waren.

Es wurde nun zwar behauptet, daß das Statutum Geis*lingense* von 1653, wenn auch nicht als Gesetz, so doch als *Zeugniß* von der bestehenden *Rechtsgewohnheit* (attestatum de observantia) zu betrachten sei [106]). Dasselbe lautet nämlich im Eingang so:

Wiewohl bey unsern in Gott ruhenden lieben Vor-Eltern,

---

103) In dem „kurzen Tractatus von des Teutschen Adels, sonderlich der Freyen Reichsritterschaft in Schwaben Staat, Stand, Ehren, Gerechtigkeit und alten Herkommenheiten von Joh. E. Kreydenmann, Tüb. 1673, bei J. G. Cotta, wo S. 139 f. von den Pflichten gegen Eltern, Kinder, Verwandte die Rede, ist des Statuts, freilich wie so manchen andern rechtlichen Puncts, gar nicht gedacht.

104) Boehmer, Consult. tom. 1. part. 2. resp. 86 n. 37. p. 412. tom. 3. part. 1. resp. 123. n. 17. p. 497. Bocris larva renunciationibus filiarum illustr. detracta. Bamb. 1750. §. 5. p. 7.

105) Cocceji, Diss. de renunc. et reservat. filiorum ill. §. 24. Cramer, Diss. de filia nob. vi consuet. vel pactis fam. renunciante §. 14. p. 10.

106) Cramer, Wetzlarische Nebenstunden B. 70. S. 115. Pütter, Rechtsfälle Thl. I. S. 163. §. 88.

Digitized by Google

auch bey uns von vielen unfürdenklichen Jahren öffentlich, geruhig und löblich Herkommen, wie dann solches noch biß auf iezige Zeit in üblichem Gebrauch ist, daß die von ihnen und uns gebohrne Eheliche Kinder Weiblichen Geschlechts, wann die zu ihren Mannbahren Jahren kommen, zu Erhaltung Mannlichen Stammes und Nahmens, sich der Vätter- Mütterlich- und Brüderlichen Erb- und Verlassenschaft, biß auf einen ledigen Anfall, gegen einem ziemlichen Heyrath- Guth- und Ausferttigung wirklich verzugen und begeben, daß doch solch bekandtliche uhraltes Herkommen eines Theilß in Zweiffel zu ziehen, und die vorgegangenen Renunciationes und Verzicht in mehr Weg anzufechten und unkräfftig zu machen unterstanden, wodurch unserm gemeinen Ritter-Wesen große Zerrüttung, Unruh und merklich Ungemach, mit vornehmer Familien Nachtheil und Schaden, zugezogen, die Mitglieder auch in schwere, köstbahre und weitläufftige Rechtfertigungen gerathen; Dahero ꝛc.

Diese Stelle, welche das Zeugniß für die bestehende Rechtsgewohnheit abgeben soll, geht einmal nicht so weit, als angenommen worden, daß nämlich auch ohne Verzicht der Ausschluß der Töchter und Schwestern anzunehmen sei, oder, wie man sich auszudrücken pflegt, daß dieselben ipso jure pro renunciatis zu halten; denn es ist darin nur von wirklichem Verzichten und Begeben die Rede. Dann aber sagt ja die Stelle selbst, daß das angeblich uralte Herkommen nicht allgemein anerkannt werde; und sowohl Burgemeister als die Haller Juristen-Fakultät geben hierzu, wie wir gesehen haben, einen Kommentar, wonach schon posterioribus seculis, d. h. im 15. und 16. Jahrhundert, jenes Herkommen in Abgang gerathen sein soll.

Mit dem Statut von 1653 ist daher weder für jene Zeit, noch weniger aber für eine spätere die behauptete, angeblich allgemeine, Observanz bewiesen.

Sehen wir uns nun aber nach andern Zeugnissen um, so läßt sich zwar nicht läugnen, daß die Gewohnheit der Erbverzichte um das Jahr 1653 wirklich vorhanden war; aber feste Grundsätze in Absicht auf diese Verzichte, namentlich ihren Umfang, ihre Wirkungen hatten sich bei den reichsritterschaftlichen Familien nicht gebildet.

So berichtet der in reichsritterschaftlichen Sachen vielfach unterrichtete und zu seiner Zeit sehr angesehene Ritter Reinhard v. Gemmingen zu Hornberg und Michelfeld (damals Aeltester der v. Gemmingenschen Familie) in der von ihm verfaßten Gemmingenschen Genealogie: „man habe ums Jahr 1414 noch nichts oder wenig von verzogenen Töchtern gewußt und es sey bei dem Gemmingenschen Geschlecht ao. 1493 der erste Verzicht geschehen“ [107]). Diese Angabe spricht wenigstens nicht dafür, daß schon von uralter Zeit her die Töchter reichsadelicher Familien zu Gunsten ihrer Brüder allgemein verzichtet haben. Beispiele von Verzichten ritterschaftlicher Fräulein aus dem 14. bis 16. Jahrhundert werden zwar von Burgemeister mit dem Bemerken angeführt: daß bis zum J. 1492 die Verzichte nicht mit leiblichem Eid beschworen, noch der Regreß nach der Masculorum Abgang vorbehalten worden sei [108]). Allein diese Verzichte gehen theils auf väterliche, mütterliche und brüderliche, theils aber auch nur auf väterliche und mütterliche oder blos auf väterliche Erbschaft. Ebenfalls fehlt es nicht an Beispielen, daß Töchter vor und nach dem Statut von 1653 sogar zur Nachfolge in freiadelichen Gütern und Flecken vor ihren Stamm-Vettern und sogar neben ihren Brüdern *zugelassen* worden sind [109]). Damit stimmt überein der Grund, warum nach dem Zeugnisse des fränkischen Ritter-Directoriums vom Jahre 1709 kein allgemeines Statut zu Stande gekommen: *weil allezeit* a priori dafür gehalten worden sei, daß sich hierüber darum nichts durchgehends statuiren, noch auch von einer dergleichen Observanz attestiren lasse, weil von Alters her die Verzichte gar unterschiedlich geleistet und insonderheit der s. g. ledige Anfall nicht auf einerlei Weise verstanden, sondern bisweilen auf Absterben der Brüder ohne Leibeserben, bisweilen auf Absterben derselben schon ohne

---

107) S. Burgemeister des unm. Reichsadels ursprüngliche Immedietät 1700. S. 304.

108) A. a. O. S. 308. 309. Andere Fälle, namentlich aus späterer Zeit siehe bei Lünig, Reichsarchiv, part. spec. cont. III. unter Schwaben und Franken; und bei v. Neurath, von der Regredienterbschaft S. 58 f.

109) S. den kaiserl. Lehenbrief von 1683 oben Note 84.

männliche Leibeserben, bisweilen auf Erlöschung der ganzen männlichen Descendenz conditionirt, zum öftern auch gar kein Regreß ad renunciata, sondern nur legitima successio in den Gütern des letzten Bruders vorbehalten, wenn den Schwestern oder deren Nachkommen solche ab intestato deferirt worden, daß also hierunter lediglich der Buchstaben eines jeden Verzichts angesehen und demselben nachgegangen werden müsse. Auch G. L. Böhmer [110]) (welcher häufig als Gewährsmann für den Ausschluß der Töchter angeführt wird), indem er das Zustandekommen des Statuts von 1653 ungewiß läßt, gibt zu, daß es an hinlänglichen Gründen ermangle, um eine allgemeine, bei der Reichsritterschaft hergebrachte, Observanz hinsichtlich der Renunciation der Töchter zu behaupten, daß namentlich von dem besonderen Herkommen und den Verträgen einzelner Familien noch nicht auf eine allgemeine Observanz zu schließen, und daß endlich von der bei Stamm- und Geschlechtsgütern eintretenden Gewohnheit auf ein gleichmäßiges Recht bei neu erworbenen Gütern keine Folge zu ziehen sei.

Kann nach dem Bisherigen das sogenannte Statutum Geislingense in keiner Hinsicht als Quelle des reichsritterschaftlichen Privatrechts, namentlich zum Beweis dafür angenommen werden, daß bei der gesammten vormaligen Reichsritterschaft der Ausschluß der Töchter von väterlicher, mütterlicher und brüderlicher Erbschaft ipso jure eingetreten sei, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, daß dieser Ausschluß bei einzelnen Kantonen Gesetz oder entschiedene Gewohnheit geworden sei.

Schon oben ist eine Vereinbarung der Reichsritterschaft des Theils am Neckar, Schwarzwald und Ortenau vom 23. Juni 1701 genannt worden [111]), welche den Inhalt des Entwurfs von 1653 wiederholt. Allein auch dieses Statut, welchem die meisten schwäbischen Viertel (Donau, Kocher, Kraichgau und Hegau) von An-

---

110) Rechtsfälle Bd. II. S. 45.

111) Gedruckt bei Lünig corp jur. feud tom. I. S. 1227. Außerdem wird in einem Gutachten bei J. Schilter, tract. praecipui de renunciationibus p. 198 ein Statut der fünf Ritterorte in Schwaben vom 12. Januar 1652 angeführt, wonach den verzichtenden Töchtern und deren Erben der Regreß zu ihrem Erbtheil bis zum 4. Grad des Mannsstamms absteigender Linie vorbehalten sein soll.



Digitized by Google

fang an nicht beigetreten waren, ist niemals zu einer allgemeinen Observanz gelangt, sei es, weil die kaiserliche Bestätigung auch ihm ermangelte, welche den Schriftstellern der damaligen Zeit mindestens nützlich schien[112]), oder weil nicht alle ritterschaftlichen Familien sich angeschlossen hatten. Namentlich blieb es immer eine sehr zweifelhafte Frage: ob und inwiefern reichsritterschaftliche Töchter, welche auf die Erbfolge nicht ausdrücklich Verzicht gethan und auch durch kein Familiengesetz davon ausgeschlossen werden, demungeachtet für verzichtete Töchter zu achten seien[113]).

Zwar wird, was den Kanton Kraichgau betrifft, von Gundling[114]) behauptet, die Töchter seien, auch wenn sie nicht verzichtet, pro renuntiatis gehalten worden; allein mit der Notorietät, worauf er sich beruft, möchte es sich ebenso verhalten, wie mit der angeblichen Gewohnheit der fränkischen Reichsritterschaft[115]), wovon Mynsinger[116]) bemerkt:

> Praetenditur, consuetudinem esse in Franconia et passim in imperio Germanico, quod filiae, si legitime dotentur, sint exclusae ab omni jure succedendi, et pro renunciatis habeantur. Haec defensio magnam firmitatem haberet, *si* probata exsisteret; sed non est probata utcumque in hoc multum studii et laboris ab adversariis impensum sit etc.

Auch aus dem bei Schilter[117]) und Lünig[118]) abgedruckten Zeug-

112) Betsius, tract. de statut. famil. ill. cap. 9, p. 687 meinte sogar, auch die Zustimmung der Reichsstände wäre erforderlich, wogegen jedoch Lauterbach in dem Tübinger Gutachten bei Harpprecht, tract. acad. tom. II. S. 114.

113) J. J. Moser, von den Reichsständen S. 1272. Kerner, allgem. positives Staatslandrecht der unmittelb. freien Reichsritterschaft in Schwaben, Franken und am Rhein. Lemgo 1786.

114) Diss. de renunciat. hereditatum filiarum ill. cap. 6. §. 5. pag. 42: quod in pago Chraichoviensi vsu obtinere in vulgus notum sit, vt filiae quoque non renunciantes habeantur pro renunciatis.

115) N. Everhardus, jun. Vol. 1. cons. 6. nr. 10. p. 115. Lauterbach, resp. Tub. bei Harpprecht, de success. tract. 7. tom. II. p. 128 seq. n. 284 seq.

116) Responsa dec. 1. resp. 10 n. 31 seq. p. 76 seq.

117) Tract. praecipui, tom III. p. 35.

118) Reichsarchiv partis spec. cont. III. 5. Abschn. S. 57—78.

Digitized by Google

niß aller 6 Orte in Franken vom Jahr 1649 geht nur hervor, daß ein gewisser modus renunciandi unter der freien Reichsritterschaft in Franken seit undenklichen Jahren zu Erhaltung der adelichen Familien und Güter gebraucht und gehandhabt worden, nicht aber, daß auch, wenn nicht auf diese Weise verzichtet, gleichwohl ein Verzicht unterstellt worden sei. Uebrigens steht diesem Zeugniß das schon früher erwähnte Directorial-Attestat vom 7. Octbr. 1709 entgegen, wonach das sogenannte Geislinger Statut über Erbverzichte unter Anderm daran gescheitert, weil diese von Alters her gar unterschiedlich geleistet worden.

Gleich ungünstig für die behauptete allgemeine Gewohnheit der Reichsritterschaft lauten die Nachrichten von der unterelsäßischen Ritterschaft [119]). Diese hatte dem Kaiser vorgetragen, daß die in ihrem Bezirk gesessenen adelichen freien Geschlechter dadurch in nicht geringes Abnehmen kommen, weil die Töchter außerhalb der Lehen- und Stammgüter mit den Söhnen in Allodialibus zu gleichen Theilen erben, worauf der Kaiser am 25. Mai 1652 rescribirte:

> daß die adelichen Töchter, so ausserhalb der Lehen- und Stammgüter in allodialibus zu gleichen Theilen erben, wider die elterliche Dispositiones über ihre Verzicht, salva legitima, sich nicht opponiren sollen [120]).

Dieser Bescheid, welcher den Töchtern den Pflichttheil vom Allodium der Eltern vorbehält und im Uebrigen ihre Verzichts-Verbind-

---

119) Selbst Knipschild (de nobilitate lib. III. c. 12), indem er der Fräuleinverzichte, als einer bei dem Adel der meisten Völker, namentlich Deutschlands, üblichen Regel erwähnt, muß zugeben, daß das Elsaß hierin eine Ausnahme mache. — Er beruft sich auf das Zeugniß des rheinischen Ritterhauptmanns Kaspar Lerch von Durnstein (de ord. equest. P. 2. p. 135), wonach die dem Mannsstamm zu Gutem unter dem Reichsadel stattfindende Gewohnheit der Renuntiationes und Aussteurung bei den adelichen Töchtern des Unter-Elsaßes anstehen geblieben. Lerch fügt noch bei: daß ohne dieses Mittel, so bei allen Illustribus üblich, die Adelichen Familiae mit Hab und Gütern schwerlich erhalten, vielmehr zerrissen und in Armuth gebracht werden müssen.

120) Lünig deutsches Reichsarchiv, partis spec. Cont. III. 4. Absatz S. 18.

Digitized by Google

lichkeit von elterlicher Verordnung abhängig macht, spricht ganz die gemeinrechtliche Regel aus, wonach, abgesehen von der besonderen Folge in Lehen- und Stammgüter, wie sie sich durch Herkommen und Statuten der einzelnen Familien gebildet hat, die Töchter nach gemeinem Recht zu behandeln sind, und daher zwar von ihren Eltern auf den Pflichttheil in der gemeinen Erbschaft eingesezt werden können, aber wenn diß nicht rite geschehen ist, ihren vollen Erbantheil gleich den Brüdern zu fordern berechtigt sind.

## §. 5. Familien-Herkommen und dessen Beweis.

Bei der Frage nach dem besonderen Herkommen einer bestimmten Familie scheint vor Allem festgestellt werden zu müssen: unter welchen Rechtsquellen die Familie früher gestanden ist, namentlich bei einer Familie des reichsritterschaftlichen Adels, ob unter fränkischem oder schwäbischem Recht u. s. f. Einzelne dieser Familien gehörten nun aber vermöge ihrer Besitzungen theils dem *einen*, theils dem andern Ritterkreise an, und sofern jene Besitzungen zuweilen in die Hände von Nebenlinien gekommen, so erklärt sich, warum in den Urkunden einer und derselben Familie bald auf die Gewohnheiten der fränkischen, bald auf die der schwäbischen Ritterschaft sich berufen wird.

Selbst der Fall kommt vor, daß auf fränkisches Herkommen sich berufen wird, während die Familie ihren Stammsitz in dem schwäbischen Kreise hatte, so z. B. bei der altadelichen Familie von Weiler, welche außer dem Flecken Weiler, von welchem sie den Namen führt, und der im schwäbischen Kanton Kochergau gelegen, auch noch die Güter Lichtenberg und Maienfels im fränkischen Kanton Odenwald besaß, und sich auch persönlich mehr zu diesem Kanton gehalten zu haben scheint, von dessen Directorium die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Tutorien, Inventaren und Theilungen u. s. w.) ausgiengen, autorisirt oder geleitet wurden. In einem Heiraths-Vertrag von 1746 zwischen Dieterich von Weiler und Elisabetha Eleonore von Weiler wird ausdrücklich gesagt, daß, wo etwas nicht expreß bestimmt wäre, der bei der Reichs-Ritterschaft in Franken bestehenden Observanz nachgegangen werden solle. Allein auch auf das Herkommen der schwäbischen Ritterschaft wird sich vielfach in einzelnen Urkunden berufen.

Digitized by Google

Es liegt sehr nahe, anzunehmen, daß durch die Hinweisung auf fränkisches oder schwäbisches Gewohnheits-Recht eine bestimmte Eigenthümlichkeit des einen oder andern habe ausgedrückt werden wollen. So wird in der Verzichts-Urkunde vom 20. Aug. 1639 von der Tochter des württembergischen Raths und Hofrichters Burkhard v. Weiler, Marie Elisabethe, dem väterlichen Mannsstamm (d. h. den von ihrem Vater abstammenden männlichen Verwandten) zum Besten, gegen Empfang der zugesagten Ehe- und Heimsteuer Verzicht geleistet auf alle ihre väter- mütter- und brüderliche Erbgerechtigkeit, nach dem löblichen Gebrauch der freien adelichen Reichsritterschaft in Schwaben. In einem andern Ehe-Vertrag von 1785 dagegen, worin auf reichsritterschaftliche Kanton Odenwaldische Rechte und Gewohnheiten und Weilersches Familien-Herkommen sich bezogen wird, ist nur von einer Abfertigung für das väterliche Gut die Rede.

Indessen kann man sich auf diese Hinweisungen nicht verlassen. Selbst die ritterschaftlichen Behörden sind nicht immer zuverlässig in ihren Angaben. So haben wir im vorigen §. eines Attestats des fränkischen Ritter-Directoriums vom Jahr 1649 gedacht, wornach die Verzichts-Formel auf väterliches, mütterliches und brüderliches Erbe allgemein in Franken gebraucht worden sein soll. Im Jahr 1709 bezeugte dagegen jenes Directorium, daß das Statut von 1653, worin jene Formel zu Grunde gelegt ist, deßhalb unterblieben sei, weil sich über die Verzichts-Gewohnheit nichts Allgemeines bezeugen lasse. Auch hier ist wieder die erstere Behauptung irrig, denn nach unserer Ausführung ist das Statut wirklich beschlossen, und nur nicht ausgeführt worden; was aber das Herkommen im fränkischen Kreise betrifft, so muß dem neueren Zeugnisse (von 1709) auch nach einer Anzahl ungedruckter Urkunden verschiedener Familien, welche ich eingesehen habe, der Vorzug gegeben werden.

Nach diesen Urkunden lauten nämlich die Verzichte theils auf väterliche, mütterliche, brüderliche und schwesterliche, theils auf väterliche und brüderliche, theils aber auch nur auf väterliche Erbschaft. In einer dieser Urkunden, welche für den umfassenden Verzicht spricht (Heirathsbrief zwischen Carl v. Zigesar und Fräulein v. Groß auf Kochendorf vom Jahr 1729) wird sich zwar auf das Recht der fränkischen Ritterschaft besonders bezogen in den Worten: „nach löblichem Herkommen der unmittelbaren Reichs-

Digitized by Google

ritterschaft in Franken, besonders des löblichen Orts Odenwald"; allein gleich in dem darauf folgenden Ehebrief zwischen Friederich v. Weiler und Fräulein Marianne von Ellrichshausen von 1750 begibt sich die Letztere nur ihres väterlichen Erbguts, und zwar sowohl nach dem, unter dem löblichen reichsunmittelbaren Adel zu Franken beständig hergebrachten, und bei beiden jetzt alliirten adelichen Familles selbst von vielen Seculis her unverrückt beibehaltenen Herkommen und Gebrauch.

Während es nach der eben angeführten Urkunde scheinen könnte, das fränkische Ritterrecht sei den Töchtern günstiger gewesen, wird dagegen in einem Schreiben des ritterschaftlichen Consulenten Dr. Frick in Eßlingen vom Jahr 1734 angeführt: daß die Consuetudines Franconiae viel härter für die Töchter sein „sollen", als die schwäbischen [121]. Worin aber der Unterschied bestehen solle, ist nicht gesagt, sondern nur wieder bemerkt, daß das Statutum Geislingense zu keiner allgemeinen Uebung in Schwaben gekommen sei, indem Casus sich zugetragen, wo es gar nicht, und andere, wo es auf's Genaueste beobachtet worden.

Eine feste Regel über den Umfang des Verzichts geht also auch aus diesen, den Canton Odenwald insbesondere betreffenden, Zeugnissen nicht hervor, sondern das Gegentheil, daß nämlich bald auf mehr, bald auf weniger verzichtet wurde.

Am wenigsten geht aber daraus hervor, was in dem, Eingangs erwähnten, gerichtlichen Erkenntnisse angenommen worden, daß auch die Erbschaft des Oheims regelmäßig unter dem Verzichte begriffen gewesen, da, mag man die eine oder die andere der gebrauchten Verzichtsformeln zu Grund legen, jedenfalls der Ausschluß der Verzichtenden von dieser Erbschaft nicht daraus folgen würde.

Dieß beweist auch nicht ein in jener Sache zu den Acten gebrachtes Bedenken des Dr. Schober zu Nürnberg vom J. 1715, wornach die adelichen Töchter im fränkischen Kreise auf die väterliche, mütterliche und brüderliche Erbschaft zu verzichten verbunden gehalten sein sollen. Die Aechtheit der vorgelegten Abschrift vorausgesetzt, folgt daraus nicht mehr, als der Vorschlag eines ritter-

121) Bei Cramer de filia nob. renunciante cap. 1. §. 14. (Opusc. I. pag. 261.)

Digitized by Google

schaftlichen Consulenten; denn, daß der Inhalt nicht zum Gesetze geworden, geht daraus hervor, daß in der Sammlung fränkischer Statuten (gedruckt 1772) nichts davon enthalten ist. Uebrigens sind auch nach diesem Bedenken die Töchter nur ausgeschlossen, wenn Söhne, beziehungsweise Brüder vorhanden sind.

Von günstigerer Vorbedeutung für den Mannsstamm scheint die Anschließung des Familienrechts an das schwäbische Ritterrecht zu sein, worauf sich gleichfalls öfters in Urkunden berufen wird. Hier ist doch wenigstens einiger Anhaltspunkt in dem Statut vom Jahr 1701. Allein es ist bereits bemerkt worden, daß hieran die meisten Cantone keinen Antheil genommen. Im Uebrigen gilt, was die schwäbische Ritterschaft betrifft, das oben §. 4 Gesagte, wornach ein übereinstimmendes Gewohnheitsrecht sich hier so wenig gebildet hat, als in Franken, und wornach auch das angeführte Statut zu einer allgemeinen Observanz nicht gelangt ist.

Bleibt also nichts übrig, als die Quelle des behaupteten Gewohnheits-Rechts für den Ausschluß der Töchter in dem besonderen Familien-Recht zu suchen, so fragt sich zunächst: worauf giengen hier die Verzichte?

Nach den, in dem angeführten Falle von beiden Theilen vorgelegten, zahlreichen Urkunden waren die Verzichte in der v. Weiler-schen Familie theils auf väterliche, mütterliche und brüderliche Erbschaft, theils aber auch nur auf väterliche und brüderliche, oder väterliche und vetterliche, oder auch blos auf väterliche Erbschaft gerichtet. Ein solches Schema liefert nun freilich keine vollständige Ueberzeugung; denn die Beschränkung des Verzichts auf elterliche und brüderliche Erbschaft kann sowohl ihren Grund darin haben, weil keine Schwester oder kein Vetter da war, deren Erbschaft zu hoffen stand, als auch darin, weil solche vorbehalten werden wollte. Hiergegen ließ sich nun zwar aus den Acten der Beweis führen, daß viele Töchter auf schwesterliches und vetterliches Erbe nicht verzichtet haben, wenn gleich Veranlassung dazu vorhanden gewesen wäre (z. B. Verzichte der Töchter Dieterichs v. Weiler von 1598, 1608 u. 1609); allein konnte nicht zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes Herkommen in Ansehung der Verzichte sich gebildet haben?

Auch diese Frage wird wohl in der Regel zu verneinen sein; denn, wenn gleich sichtbar ganze Reihen von Verzichtsurkunden nach

Digitized by Google

demselben Muster gefertigt sind, so kommen doch in materieller Hinsicht, namentlich was den Gegenstand des Verzichts betrifft, in denselben immer wieder Abweichungen vor. Zum Beleg wieder einige Beispiele aus der v. Weilerschen Familie.

Die älteste Urkunde, welche vorlag: Heirathsbrief der Margarethe v. Weiler und Philipps von Landau vom Jahr 1509 spricht von dem Verzichte der Braut nur in Bezug auf väterliches und mütterliches Erbe, und zwar als einer künftigen Handlung. Nach vollzogenem Beilager („wann sy auch beigelegen sein") soll Philipp von Landau sein Gemal vermögen, daß sie innerhalb eines Monats auf ihres Bruders glaubliche Zusage der Heimsteuer aufgebe väterliches und mütterliches Erb, und sich desselben nach Nothdurft verziehe, und wenn das geschehen, so sollen gedachtem Philipp von Landau die Haupt- und Uebergabsbriefe über die 1000 fl. Heirathgut und seiner Gemalin ein Verweisbrief übergeben werden mit Bürgen und Gewereu, damit sie wegen des in die Hände ihres Manns übergehenden Heirathguts und einer Widerlegung von gleichem Betrage auf liegenden Gütern oder Gülten versichert und versorgt sei.

Gleich der nächste Verzicht von 1530 ward zwar auf vetterliches und schwesterliches Erbe erstreckt, aber nachher dauerte es wieder geraume Zeit, bis dieses sich wiederholte. Von 1639 bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts wurden keine besonderen Verzichte in der Weilerschen Familie ausgestellt; allein auch in den Heirathsbriefen, womit dieselben nunmehr verbunden sind, tritt dieselbe Abwechslung hervor. Nur der Verzicht auf väterliches Erbe kann als Regel angesehen werden; denn auch das mütterliche Erbe wird öfters nicht genannt, und in dem Heirathsbriefe der Barbara Sophie Weiler mit G. L. von Gaißberg v. Hohenstein von 1717 ausdrücklich gänzlich vorbehalten. In dem Heirathsvertrag von 1746 zwischen Dietrich von Weiler und Elisabethe Eleonore von Weiler wurden von dieser 1000 fl. Mütterliches beigebracht und in einer Wittumsverschreibung von 1773 sind außer dem Mütterlichen 4000 fl. Großmütterliches angeführt. Wenn übrigens eine Veränderung der Sitte in Ausstellung der Erbverzichte behauptet werden wollte, so möchte diese eher zu Gunsten als zum Nachtheil der Töchter wahrgenommen werden. Denn nur auf väterliche Erbschaft ward verzichtet von dem Fräulein Eberhardine Louise von Weiler in

dem Heirathsvertrag von 1785, und in dem Ehevertrag des Ritterraths von Weiler von 1750 sind sogar die Ansprüche der Töchter [122]) auf Mütterliches und Väterliches vorbehalten. Bei der Heirath der Klägerin endlich im Jahre 1806 wurde von ihr gar nicht verzichtet; wohl aus dem Grunde, weil in neuerer Zeit der Ausschluß der Töchter vom Stammgut keinem Zweifel unterworfen wird, ein Weitergehen der Verzichte aber entweder nicht verlangt oder verweigert worden.

Die Urkunden, welche die vetterliche Erbschaft erwähnen und zunächst in Betracht kamen, waren folgende:

1) Uebergab und Verzeihung der Agathe von Gültlingen, geb. von Weiler vom J. 1530. Diese verzichtete auf alles väterliche, mütterliche, vetterliche und schwesterliche Erbe, und zwar vor dem Hofgericht zu Rottweil unter Beistand des ihr beigegebenen Vogts (Werner von Ehingen, Obervogts zu Balingen) und eines von ihr selbst gewählten Fürsprechers (Dr. Röser). Es könnte scheinen, als ob unter vetterlicher Erbschaft die Erbschaft sämmtlicher Stammvettern begriffen worden sei, wiewohl auch alsdann aus diesem einzigen Fall und mehreren andern Fällen noch nicht auf ein dießfalls bestehendes Gewohnheitsrecht geschlossen werden könnte. Allein die Bezeichnung: „vetterliche" Erbschaft erklärt sich einfach daraus, daß ein Bruder der Verzichtenden gestorben war und statt seiner die Brudersöhne Anwartschaft auf die väterliche und mütterliche Erbschaft hatten. Wie sonst neben der väterlichen Erbschaft auch die brüderliche in den Verzicht eingeschlossen ward, weil jene auch nicht, nachdem sie auf einen der Söhne vererbt, von diesem der Schwester anfallen sollte, so wurde es hier zweckmäßig

122) Es ist zwar in der Urkunde von „Kindern" überhaupt die Rede, und der Richter meinte, darunter seien blos die Söhne verstanden. Allein, wenn schon diese engere Auslegung unter Umständen zulässig ist (auch unter liberi in alten Quellen sind zuweilen blos filii oder pueri verstanden), so war dieselbe doch in dem gegenwärtigen Falle unstatthaft, da nicht nur allgemeine Auslegungs-Grundsätze ihr entgegen sind (D. L. 16. fr. 56. §. 1. fr. 220 pr.), sondern auch bei der Abfindung der Tochter und Enkelin des Ritterraths von der väterlichen, beziehungsweise großväterlichen Erbschaft im J. 1799 offenbar wirkliche Ansprüche vorausgesetzt wurden.

Digitized by Google

gefunden, auf gleiche Weise die Schwester durch Verzicht von der ihrer Brudersöhne auszuschließen, und zwar zum Besten ihrer lebenden Brüder sowohl als auch der Brudersöhne. Nachdem also gedachtes Fräulein, eine Tochter Dietrichs von Weiler, nunmehr adeliche Frau von Gültlingen, von ihren Eltern, wie es in der Urkunde heißt, ehrlich, nothdürftiglich und zu ihrem völligen Benügen ausgesteuert, entschloß sie sich aus besonderer Treue und Liebe zu ihren Brüdern und Vettern, auch zu Gut Stamm und Namen, die sie zu fördern willig und begierig, ungezwungen und ungedrungen, denselben ihren Brüdern und Vettern ihr väterliche, mütterliche, brüderliche und schwesterliche Erbfälle und Gerechtigkeiten zu übergeben und sich derselben frei lediglich gegen ihnen zu verziehen. Bemerkenswerth hiebei ist, wie nach damaliger Weise germanische und kanonische Formen mit einander verknüpft wurden. Der Verzicht der Tochter fand nämlich Statt in Form einer Uebergabe, welche erfolgte „mit ihr selbs und ihres Vogts Mund und Hand" in die Hände des gegentheiligen Anwalts (des östreichischen Raths und Regenten zu Württemberg, Heinrich Trösch von Buttlar) unter Angelobung an Eidesstatt und darauf erfolgtem leiblichen Eidschwur. Worin die Abfertigung bestanden, ist nicht ausgedrückt; auch der Vorbehalt auf ledigen Anfall kommt noch nicht vor.

2) Eine andere Urkunde, welche den Verzicht auf die stammvetterliche Erbschaft zum Gegenstand zu haben schien, war der Heirathsbrief des Edlen und Festen Philipp Leyser von Lambsheim und der edlen und tugendsamen Jungfrau Marie Elisabethe v. Weiler von 1598. Dietrich v. Weiler verspricht hier, seiner Tochter in Jahresfrist, von dem Beischlaf an zurechnen, zu Ehesteuer und Heirathgut zu geben 1000 fl. oder, wo er diese nicht erlegte, solche mit 50 fl. zu verzinsen und darum genugsame Versicherung zu thun, darzu auch gemeldte Jungfrau mit ziemlicher Kleidung, wie sich seinem Stand nach gebührt, abzufertigen. Dagegen soll Philipp Leyser dieselbe mit 2000 fl. widerlegen und ihr dazu aus ehelicher adelicher Neigung 400 fl. zu rechter freier Morgengab nach Morgengabsrecht zu geben, auch sie um die 3400 fl. zu bewidmen, verweisen und versichern. Was sie in Erbs-, Uebergabs-, Testaments- oder schenkweise erhalten würde, solle sie ihr Ehegemal gleichfalls auf gewissen Gütern versichern, aber deßhalb keine Widerlegung thun. Die Braut versprach, mit Wissen und Willen ihres Ehegemals nach beschlagener

Digitized by Google

Decke vor Freunden, oder, wo sie hingewiesen werde, in bester Form zu „verzeihen" alles vetterlichen, mütterlichen und brüderlichen Erbs und Guts, es begebe sich dann, daß ihre Brüder alle ohne Leibeserben Tods abgiengen, wo sie alsdann, wozu sie Recht habe, „unverzigen" sein soll. Aber alldieweil ihrer Brüder einer Leibeserben überkäme, soll desselben Erbschaft von einem Leibeserben auf den andern in absteigender Linie fallen. Zugleich wird bestimmt, wenn die Elisabetha v. Weiler Wittwe würde und sich wieder heirathete, daß alsdann nach ihrem Tode ihre Kinder erster und zweiter Ehe gleich mit einander erben und theilen sollen.

Es ließ sich leicht errathen, daß das Wort „vetterlich" in der vorliegenden Abschrift aus väterlich entstanden war, wie überhaupt die von beklagter Seite vorgelegten Abschriften alter Urkunden, obwohl notariatlich beglaubigt, keine diplomatische Genauigkeit zeigten. Daß ich mich in jener Beziehung nicht irre, beweist nicht allein der Zusammenhang, sondern auch der gleichförmige Heirathsbrief der Dorothea v. Weiler von 1609, wo „väterlich" steht. Daß auch der Verzicht auf die mütterliche Erbschaft kein nothwendiger war, beweist die Abrede wegen der eigenen künftigen Verlassenschaft der Braut (s. oben). Der beschränkende Vorbehalt auf ledigen Anfall kommt in derselben Form, wie oben, schon in dem Heirathsbrief des Christoph v. Thalheim und der Barbara v. Weiler von 1564 vor und mit den Worten: „auf einen ledigen und freien Anfall" erstmals in dem Verzicht der Katharine v. Weiler, verehelichter Megenzer von Veldorf von 1608, wo noch der Beisatz gemacht ist:

„vff welchen Fall sie dieser Verzig nicht binden soltt, Sondern wofern Ihre gelibte Brüdere alzumahl ohne hinderlassung ehlicher leibserben Todts verfahren vnd also ein lediger anfall sich begeben vnd beschehen würde, das alßdann Ihr vnd allen Ihren khünfftigen leibserben, ihr gegründt erbgerechtigkeitt vorbehalten seyn soll."

Dieser Vorbehalt, welcher in späteren Urkunden immer wiederkehrt, beweist zwar nicht, wie manche Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts angenommen haben, daß die erstverzichtende Tochter oder ihre Nachkommen (sogenannte Regredienterben) ein Anrecht auf das Stamm- und Lehengut des Hauses vor der Erbtochter bei eröffneter cognatischer Succession haben; aber er beweist auch nicht die

Digitized by Google

Vermögen in einem Falle, wie der eben angeführte, nicht an die Stammvettern, sondern an die Tochter gekommen, gieng aus mehreren andern Vorgängen hervor. Auf dieses Allodialvermögen ward also hier nicht verzichtet; folglich konnte daraus auch nicht eine Gewohnheit abgeleitet werden, kraft welcher die Weiber auf alles Erbrecht gegenüber vom Mannsstamme zu verzichten gehabt hätten.

Und nicht nur dieß geht aus den gezeigten Beispielen hervor, sondern auch noch weiter das: wie schwer es überhaupt halten möchte, ein bestimmtes Verzichtsherkommen in einer und derselben Familie blos aus den stattgefundenen einzelnen Verzichten herzuleiten, indem je nach Umständen der Verzicht erweitert oder beschränkt und sodann auch mit Rücksicht hierauf sowohl, als auf die Größe der aufzugebenden Erbschaft die Summe der Abfindung bestimmt wurde. In letzterer Beziehung ist hier noch zu bemerken, daß zwar in der v. Weiler'schen Familie, deren Herkommen ich zunächst zu prüfen hatte, gewöhnlich nur ein Heirathgut von 1000 fl. außer standesmäßiger Aussteuer und Hochzeitkosten bewilligt wurde, daß es aber auch hiebei sein Bewenden häufig nicht hatte. Kerner [124]) bezeugt: bei der Ritterschaft in Schwaben bekomme eine verziehene Fräulein nach dem allgemeinen Gebrauch 2500 fl. zum Heirathgut. Dieß möchte jedoch für die damalige Zeit als Regel zu viel und für die heutige zu wenig sein. So hatte die Klägerin in dem mir vorgelegenen Falle aus der Verlassenschaft ihres Großvaters (ihr Vater war gestorben) im J. 1800 ein Heirathgut von 7500 fl. als Abfindung erhalten, der Tochter des Erblassers aber, Stiftsdame zu Oberstenfeld, ward ein Jahrgehalt von 500 fl., und für den Fall der Verheirathung ein Heirathgut von 10,000 fl. statt der väterlichen Erbschaft von ihren Brüdern ausgesetzt.

Eines geht aus der großen Reihe von Erbverzichten des 16., 17. und 18. Jahrhunderts allerdings hervor, daß nämlich auf die väterliche Erbschaft von den Töchtern zu Gunsten der Söhne regelmäßig verzichtet wurde. Allein eine Regel für den rechtlichen Ausschluß der Töchter von jener Erbschaft, abgesehen von den Stammgütern, möchte nach den früher vorgetragenen Grundsätzen auch hieraus nicht zu schließen sein; denn nicht nur ist kein Fall in der Familie vorgekommen, wo eine Tochter ohne Verzicht für ausgeschlossen ge-

124) Reichsritterschaftl. Staatslandrecht S. 94. Note y.

halten worden wäre, sondern es ward auch der Verzicht immer als die Folge einer Abfertigung, somit als ein lästiges Geschäft, nicht als bloße Schenkung oder Formalität, angesehen.

Der Verzicht war also freiwillig, so wie und so weit er die Erbschaft außer dem Lehen- und Stammgute betraf; und da bei dem Zusammentreffen mit Brüdern oder Brudersſöhnen demselben gewöhnlich diese Ausdehnung gegeben wurde, häufig theils freiwillig, theils nothwendig; nothwendig in Hinsicht auf Stamm- und Lehengut, freiwillig in Hinsicht auf die übrige sogenannte Allodial-Erbschaft. Bezeichnend ist die Art, wie die Freiheit der Willenserklärung in dem Verzicht der Katharine von Weiler, verehelichte Megenzer, vom J. 1608 ausgedrückt wurde. Der Verzicht ward hier in Gegenwart eines kaiserlichen Notars nach der alten Form der Uebergabe „mit Mund und Hand" geleistet und durch einen leiblichen Eid bekräftigt. Nicht genug daß, wie dieß in notariatlichen Verzichtsinstrumenten gewöhnlich vorkommt, die römischen jura feminarum vorher in Erinnerung gebracht und declarirt worden; es ward auch noch eine weitere (deutsche) Form der Bethätigung des Willens für nützlich gehalten. Von ihrem Vogt (Kriegsvogt) wurde die Verzichtende dreimal in Abwesenheit ihrer Brüder gefragt und an ihre Rechte, Gerechtigkeiten und Freiheiten erinnert; so oft sie aber wieder vorgeführt worden, ward von ihr durch ihres Vogts und ihren eigenen Mund mit Ja! frei öffentlich der Verzicht bekannt.

Wir haben bis jetzt nur von den Verzichts-Urkunden und Heirathsabreden, sofern sie den Töchterverzicht betreffen, gesprochen. Außer diesen können auch andere Verträge, namentlich Theilungen, letztwillige Verordnungen für den Beweis des Herkommens einer Familie in Absicht auf das Erbrecht der Töchter benützt werden. Auch hier ist jedoch große Vorsicht räthlich: denn die besonderen Umstände, unter welchen im einzelnen Falle verfügt wurde, gehen häufig aus solchen Urkunden nicht hervor, und doch sind dieselben zu wissen nöthig, wenn daraus auf eine allgemeine Regel geschlossen werden soll.

Ich erlaube mir dieses wieder aus einzelnen Beispielen in der v. Weilerschen Familie zu erläutern.

Ein Familien-Vertrag, wodurch die Verbindlichkeit zu Verzichten allgemein ausgesprochen oder das Recht der Töchter ein für alle-

mal festgesetzt worden wäre, lag nicht vor, sondern nur einzelne letztwillige Verordnungen und Theilungsverträge, wodurch über die in Betracht kommende einzelne Verlassenschaft Verfügung getroffen wurde. Hieher gehörte namentlich:

1) eine Anzahl von Urkunden über die Allodial-Erbschaft eines im Jahre 1535 gestorbenen Caspar von Weiler, wonach die Allodien mit den Lehen von Württemberg eingezogen, nachher aber an die Schwesterkinder des Verstorbenen als nächstgesippte Freunde herausgegeben wurden.

2) Testament Dietrichs v. Weiler von 1602, worin bestimmt ist: den Töchtern des Erblassers solle von den Söhnen ein Heirathgut gegeben werden nicht unter 1000 fl., den unverehelichten jährlich der Zins hievon, damit sie nicht von den Brüdern als Dienstmägde behandelt werden. Daß sie damit statt aller Erbschaft abgefertigt werden sollen, steht nicht in der Verfügung; nur wird, wie natürlich, vorausgesetzt, daß die Söhne im Lehen folgen, und daraus ihre Schwestern ausstatten. Uebrigens war bei 6 Töchtern, welche der Erblasser neben 6 Söhnen hinterließ, ein Heirathgut von je 1000 fl. eine anständige Abfertigung auch von der Erbschaft. Die Wittwe Dietrichs hinterließ eine besondere Verordnung vom Jahr 1608, worin sie ihre Söhne zu Erben *einsetzte*, hinsichtlich der Töchter die Anordnungen ihres Vaters *bestätigt* und beifügte, daß, so lange sie ledig (d. h. unverheirathet) ihnen von ihren Brüdern des Verzichts wegen nichts zugemuthet werden solle.

3) Ein Vergleich von 1617 zwischen den Söhnen des ebengenannten Herrn v. Weiler. Diese theilten unter sich nicht blos, wie es scheint, die Erbschaft ihres Vaters Dietrich v. Weiler, sondern auch die ihres Oheims Burkhard v. Weiler, welcher ohne Hinterlassung von Nachkommen gestorben war. Der Fall scheint also hier ein ähnlicher zu sein, wie der Nro. 1 bemerkte, nur daß dießmal die weiblichen Verwandten (die Töchter) nicht erbten, sondern von ihren Brüdern ausgeschlossen wurden. Daher ward auch hierauf beklagter Seits ein großer Werth gelegt, zumal, weil auf die Erbschaft des Oheims von den zuvor verheiratheten Nichten nicht ausdrücklich verzichtet worden war. Indessen scheint die Erbschaft des Oheims erst dann Gegenstand der Theilung geworden zu seyn, nachdem dieselbe bereits von dem Vater angetreten worden. Sie

Digitized by Google

nahm also die Natur der väterlichen Erbschaft an, und folgte mit dieser den Söhnen, da die Töchter verzichteten. Wegen der Erbverzichte war nur bestimmt: „Inmaßen denn auch der Verzug der dreyen (unausgestatteten) Schwestern befördert werden solle." In einer andern Beziehung dagegen ist dieser Vergleich merkwürdig. Es ist nämlich darin bestimmt, daß die eigenthümlichen Güter bei dem adelichen Geschlecht deren von Weiler verbleiben und ohne Vorwissen und Einwilligung der Gebrüder nicht verändert, oder versetzt, sondern bei und unter ihnen als Lehengüter geachtet werden sollen. Hierin lag die erste Stammgutsstiftung, aber wohl bemerkt, nur für die damaligen Güter; auf den Eintritt in diese konnten also die Töchter, so lange noch Mannsstamm vorhanden, keinen Anspruch machen; ebensowenig bedurfte es eines Verzichts auf dieselben von Seite der weiblichen Nachkommen der vertragenden Söhne.

4) Inventur und Theilung von 1633. Beklagter Seits ward diese Theilung darum für besonders wichtig gehalten, weil daraus hervorgehen sollte, daß die Töchter auch ohne ausdrücklichen Verzicht von der schwesterlichen Erbschaft ausgeschlossen seien. Allein, genauer betrachtet, war dieß nicht der Fall: denn die Schwestern wurden von dem Erbe nur aus dem Grund ausgeschlossen, weil ihr Bruder Weiland Junker Wolfgang den Tod der Erblasserin noch erlebt, und diese ein Testament hinterlassen hatte, kraft dessen jener mit den Brüdern sich in die Erbschaft theilen sollte.

5) Vergleich von 1702 zwischen Friedrich und Dietrich v. Weiler. Hier erbietet sich Dietrich v. Weiler für den Fall, daß sein Bruder Friedrich ohne männliche Erben abgienge, und somit die Güter und Gefälle auf seine Linie fallen sollten, jeder Tochter desselben bei ihrer Verheirathung statt der sumptuum nuptialium 150 fl. zu einem Hochzeitkleid oder Kleinod zu geben. Beklagter berief sich hierauf, um zu beweisen, daß jedenfalls der gesammte Gutsbesitz ohne Ersatz der Aufbesserungen auf die Stammvettern übergegangen. Allein daß Wittwe und Töchter Erben im Allod seien, ward ausdrücklich anerkannt; daß aber die Immobilien nicht hierunter begriffen wurden, hat seinen Grund darin, weil es sich nur von solchen Gütern handelte, welche theils württembergische und hanauische Lehen, theils Stammgüter waren. Auf die gemachte „Meliorations-Prätension" ward allerdings für jetzt und künftig verzichtet; allein daß überhaupt von einer solchen Forderung gegen den Stammgutsfolger die Rede



Digitized by Google

sein konnte, beweist nur wieder, daß die Lehen- und Stammgutsfolge von der gemeinen Erbfolge getrennt, und daß die Töchter Friederich's von der letzteren gegenüber von ihrem Oheim nicht ausgeschlossen waren. Dieser Vergleich ist um so wichtiger, als er unter Vermittlung einer kaiserlichen Commission (in der Person des Herzogs Friedrich August von Württemberg-Neustadt) abgeschlossen und von dem herzoglichen Lehenrath zu Stuttgart bestätigt worden war.

6) Theilung über das Vermögen des Freiherrn Johann Friederich v. Weiler von 1744. Auch hier ist nur von dem väterlichen Vermögen die Rede; und zwar wurde es von dem Vormund der drei Töchter mit Einwilligung ihres Bruders Friederich für gut und rathsam gehalten, nach der alten Observanz des Weilerschen Hauses einem jeden Fräulein 1000 fl. zu Heirathgut und 400 fl. zur Ausfertigung zu setzen, und inzwischen bis zur Verheirathung jeder 50 fl. Kost- und 25 fl. Kleidergeld zu geben. Daß das Allod nicht ausschließlich dem Mannsstamme vorbehalten war, gieng auch hervor aus einem Theilungsvertrag von 1762, wornach die Wittwe des Freiherrn Ludwig von Weiler zu Weiler vermöge Testaments Universalerbin des Allods geworden war. Der Umstand, daß dieses Allod dazumalen nicht in liegenden Gütern, sondern blos in fahrender Habe bestanden, ändert an dem Grundsatze nichts.

7) Einen weiteren Beleg für die Behauptung, daß selbst bei entfernterer Sippe (als Geschwistern) wenigstens das allodiale Immobiliar-Verlaßthum an die Lehensfolger übergegangen, war beklagter Seits in einem Theilungs-Receß von 1759 gefunden worden, wornach bei dem Tode des Ritterraths Dietrich v. Weiler, dessen Güter, Renten und Gefälle zwischen den Agnaten, Freiherrn Ludwig, Friederich und Eberhard getheilt worden, obgleich von dem Bruder Burkhard Dietrich drei Töchter vorhanden gewesen. Daß hierunter auch Allodien begriffen, sollte daraus hervorgehen, daß es an der Stelle, wo von Abtretung der Succession von Seite Ludwigs v. Weiler an seine Neffen die Rede sei, Lehensfolge und Erbschaft zugleich als Object angegeben worden. Allein, worin die Verlassenschaft Dietrichs überhaupt bestanden, und wie sie getheilt worden, gieng aus dem Recesse nicht hervor, sondern nur, daß der Antheil an dem Gut Maienfels Gegenstand des Vergleichs war und andererseits solche Lasten, welche als dem Gutsbesitz anhängig betrach-

Digitized by Google

tet wurden. Unter Erbfolge im Gegensatz zur Lehensfolge kann aber ebensowohl die Stammgutsfolge als die gemeine Erbfolge verstanden sein.

8) Vertrag vom 4. Dezbr. 1778. In diesem Vertrag, welchen gleichfalls der Beklagte beigebracht hatte, wird gleich im Eingange gesagt, daß die gesammte Verlassenschaft des Freiherrn Eberhard Casimir von Weiler auf Lichtenberg auf dessen nächsten und alleinigen Agnaten, den Herrn Ritterrath von Weiler (Großvater der Klägerin) gekommen, das sämmtliche Allodialvermögen hingegen auf des Herrn Erblassers hinterbliebene einzige, noch minderjährige Tochter Louise Fräulein von Weiler. Wenn gleich auch sie keine Güter bekam, so war der Grund hievon nur der, weil einzig das Stammgut, und auch dieses in schlechtem Stande, hinterlassen wurde. Dagegen wurden der Tochter als väterliche Erbschaft zugeschieden die Mobilien und Activen, Kleider, Rüstung und Gewehr, desgleichen alle laufenden Einkünfte von den Stamm- und Lehengütern. Außerdem verpflichtete sich der Stammvater statt des sonstigen Heirathguts von 1000 fl. und 300 bis 400 fl. Ausfertigung der Erbtochter zusammen an Heirathgut und Aussteuer 2000 fl. zu geben, wogegen sie nach adelichem Gebrauch auf weitere Ansprüche an den freiherrlich von Weilerschen Mannsstamm (d. h. die Lehen- und Stammgüter) feierlich zu verzichten verbunden sein solle.

9) Erbvertrag vom 15. Juli 1799. Sehr wahr und bezeichnend lautet der Eingang dieses Vertrags:

> Demnach wir unterzeichneten Geschwister durch die traurige Erfahrung belehrt sind, wie **wenig fest und wie schwankend vielmehr die Grundsätze** sind, welche in Hinsicht auf die Erbfolge adelicher Töchter in die **Verlassenschaft ihres Vaters** mit und neben ihren **Brüdern** und **Neffen** Platz greifen rc.

Auch die von der Tochter des Erblassers ertheilte Einwilligung, daß außer den Lehen-, Stamm- oder Fideicommißgütern auch die eigenthümlichen liegenden Gründe und Gebäude ihres Vaters, und selbst die Mobiliarverlassenschaft desselben, ihrem Bruder zufallen sollen, beweist nicht gegen, vielmehr für ihr gesetzliches Erbrecht; denn dieß war lediglich ein freiwilliger und zwar lästiger Verzicht (der jährliche Unterhalt und das Heirathgut wurden namhaft er-

Digitized by Google

gefunden, auf gleiche Weise die Schwester durch Verzicht von der ihrer Brudersöhne auszuschließen, und zwar zum Besten ihrer lebenden Brüder sowohl als auch der Brudersöhne. Nachdem also gedachtes Fräulein, eine Tochter Dietrichs von Weiler, nunmehr adeliche Frau von Gültlingen, von ihren Eltern, wie es in der Urkunde heißt, ehrlich, nothdürftiglich und zu ihrem völligen Benügen ausgesteuert, entschloß sie sich aus besonderer Treue und Liebe zu ihren Brüdern und Vettern, auch zu Gut Stamm und Namen, die sie zu fördern willig und begierig, ungezwungen und ungedrungen, denselben ihren Brüdern und Vettern ihr väterliche, mütterliche, brüderliche und schwesterliche Erbfälle und Gerechtigkeiten zu übergeben und sich derselben frei lediglich gegen ihnen zu verziehen. Bemerkenswerth hiebei ist, wie nach damaliger Weise germanische und kanonische Formen mit einander verknüpft wurden. Der Verzicht der Tochter fand nämlich Statt in Form einer Uebergabe, welche erfolgte „mit ihr selbs und ihres Vogts Mund und Hand" in die Hände des gegentheiligen Anwalts (des östreichischen Raths und Regenten zu Württemberg, Heinrich Trösch von Buttlar) unter Angelobung an Eidesstatt und darauf erfolgtem leiblichen Eidschwur. Worin die Abfertigung bestanden, ist nicht ausgedrückt; auch der Vorbehalt auf ledigen Anfall kommt noch nicht vor.

2) Eine andere Urkunde, welche den Verzicht auf die *stammvetterliche* Erbschaft zum Gegenstand zu haben schien, war der **Heirathsbrief** des Edlen und Festen Philipp Leyser von Lambsheim und der edlen und tugendsamen Jungfrau Marie Elisabethe v. Weiler von 1598. Dietrich v. Weiler verspricht hier, seiner Tochter in Jahresfrist, von dem Beischlaf an zurechnen, zu Ehesteuer und Heirathgut zu geben 1000 fl. oder, wo er diese nicht erlegte, solche mit 50 fl. zu verzinsen und darum genugsame Versicherung zu thun, darzu auch gemeldte Jungfrau mit ziemlicher Kleidung, wie sich seinem Stand nach gebührt, abzufertigen. Dagegen soll Philipp Leyser dieselbe mit 2000 fl. widerlegen und ihr dazu aus ehelicher adelicher Neigung 400 fl. zu rechter freier Morgengab nach Morgengabsrecht zu geben, auch sie um die 3400 fl. zu bewidmen, verweisen und versichern. Was sie in Erbs-, Uebergabs-, Testaments- oder schenkweise erhalten würde, solle sie ihr Ehegemal gleichfalls auf gewissen Gütern versichern, aber deßhalb keine Widerlegung thun. Die Braut versprach, mit Wissen und Willen ihres Ehegemals nach beschlagener

Digitized by Google

Decke vor Freunden, oder, wo sie hingewiesen werde, in bester Form zu „verzeihen" alles vetterlichen, mütterlichen und brüderlichen Erbs und Guts, es begebe sich dann, daß ihre Brüder alle ohne Leibeserben Tods abgiengen, wo sie alsdann, wozu sie Recht habe, „unverzigen" sein soll. Aber alldieweil ihrer Brüder einer Leibeserben überkäme, soll desselben Erbschaft von einem Leibeserben auf den andern in absteigender Linie fallen. Zugleich wird bestimmt, wenn die Elisabetha v. Weiler Wittwe würde und sich wieder heirathete, daß alsdann nach ihrem Tode ihre Kinder erster und zweiter Ehe gleich mit einander erben und theilen sollen.

Es ließ sich leicht errathen, daß das Wort „vetterlich" in der vorliegenden Abschrift aus väterlich entstanden war, wie überhaupt die von beklagter Seite vorgelegten Abschriften alter Urkunden, obwohl notariatlich beglaubigt, keine diplomatische Genauigkeit zeigten. Daß ich mich in jener Beziehung nicht irre, beweist nicht allein der Zusammenhang, sondern auch der gleichförmige Heirathsbrief der Dorothea v. Weiler von 1609, wo „väterlich" steht. Daß auch der Verzicht auf die mütterliche Erbschaft kein nothwendiger war, beweist die Abrede wegen der eigenen künftigen Verlassenschaft der Braut (s. oben). Der beschränkende Vorbehalt auf ledigen Anfall kommt in derselben Form, wie oben, schon in dem Heirathsbrief des Christoph v. Thalheim und der Barbara v. Weiler von 1564 vor und mit den Worten: „auf einen ledigen und freien Anfall" erstmals in dem Verzicht der Katharine v. Weiler, verehelichter Megenzer von Veldorf von 1608, wo noch der Beisatz gemacht ist:

> „vff welchen Fall sie dieser Verzig nicht binden soltt, Sondern wofern Ihre gelibte Brüdere alzumahl ohne hinderlassung ehlicher leibserben Todts verfahren vnd also ein lediger anfall sich begeben vnd beschehen würde, das alßdann Ihr vnd allen Ihren khünfftigen leibserben, ihr gegründt erbgerechtigkeitt vorbehalten seyn soll."

Dieser Vorbehalt, welcher in späteren Urkunden immer wiederkehrt, beweist zwar nicht, wie manche Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts angenommen haben, daß die erstverzichtende Tochter oder ihre Nachkommen (sogenannte Regredienterben) ein Anrecht auf das Stamm- und Lehengut des Hauses vor der Erbtochter bei eröffneter cognatischer Succession haben; aber er beweist auch nicht die

Digitized by Google

Wirkung des Verzichts, welche ihm von beklagter Seite und in den erstrichterlichen Entscheidungsgründen beigelegt worden war: daß nämlich derselbe auch den Stammvettern unmittelbar zu gut komme, indem der Verzicht in dem weiteren Umfange, wie er hier gestellt ist, wonach die ganze Erbschaft von Vater, Mutter und Bruder, nicht blos das Stammgut, darunter begriffen, nur zu Gunsten der Brüder der Verzichtenden und deren Nachkommen männlichen und weiblichen Geschlechts gilt, und also seine Wirkung verliert, wenn entweder die Brüder vor eröffneter Erbfolge ohne Kinder mit Tod abgehen, oder wenn nachher die brüderliche Linie ausstirbt und ihr Vermögen zurückfällt[123]). Bei dieser Deutung kann die Erbtochter niemals benachtheiligt werden; aber es ist auch kein Grund vorhanden, dem Verzicht eine Deutung zu unmittelbaren Gunsten der Stammvettern zu unterlegen, welche aus dem oftmals angegebenen Zweck des Verzichts: „Erhaltung von Stamm und Namen" so wenig folgt, als aus der beigefügten Clausel „auf ledigen Anfall."

3) Heirathsvertrag von 1769 zwischen Friederike Johanne von Weiler und Dominikus von Berlichingen.

Diese Johanne v. Weiler war eine Tochter Burkhard's von Weiler auf Maienfels, der ohne männliche Nachfolge starb. Die Lehens- und Mannsstamms-Güter des Hauses waren daher ganz allein an die Herrn Friedrich und Eberhard v. Weiler als Stammvettern gekommen, wogegen die Tochter Burkhards mit dem bei dem Weilerschen Hause herkömmlichen Heirathgut von 1000 fl. und 300 fl. Ausfertigung von ihren Vettern zufrieden gestellt wurde. Der Verzicht derselben ist hier, wie schon in dem Heirathsbrief Burkhard's v. Weiler vom Jahre 1727, mit der Eheberedung und der Zusage des Heirathguts unmittelbar verbunden; allein während damals noch vor Unterzeichnung des Briefs ein leiblicher Verzichtseid geschworen wurde, ward jetzt der Verzicht von der Braut und ihrem Gemal blos versichert und unterschrieben bei adelichen Ehren,

123) In dem Uebereinkommen der schwäbischen Ritterschaft vom J. 1652 (oben Note 111) ward zwar der Regreß auf das vierte Glied beschränkt; es erinnert dieß jedoch an die Bestimmungen der Volksrechte (ob. Note 11), wo auf ähnliche Weise nur die Grenze der rechtlichen Verwandtschaft überhaupt bezeichnet werden wollte.

Digitized by Google

Treuen und Glauben, und zwar unter Berufung auf das bei dem Reichsadel in Franken gebräuchliche Herkommen. Die Stelle von dem Verzicht lautet wie folgt:

„Ich dargegen, nach Recht und Observanz deß Unmittelbahren Freyen Reichs Adels, Landes zu Franken schuldig und verbunden bin, gegen empfang obgedachten Dreyzehen Hundert Gulden Heurathguth und außferttigung auf alle fernere vätter- und vetterliche Erbschaft feyerlichst zu renunciren, in solange einer von meinen obgedachten Herrn Vettern Freyherrn von Weiler oder deren Ehelichen Männlichen Leibes-Erben am Leben seyn wird (jedoch mit Vorbehalt des über Kurtz oder lang nach Gottes willen sich ergebenden ledigen anfalls: da sodann der geleistete Verzicht Mich selbst oder meine Erben beyderley geschlechts nicht binden solle)."

Diesen Verzicht auf die väterliche und vetterliche Erbschaft glaubten die Entscheidungsgründe nicht anders, als durch eine Ungenauigkeit des Ausdrucks erklären zu können, indem damit nichts Anderes habe gesagt werden wollen, als daß nach der Observanz des fränkischen Adels bis auf den ledigen Anfall auf alles Erbrecht gegenüber vom Mannsstamm habe verzichtet werden wollen. Allein die Urkunde ist nur insofern ungenau, als die Worte: „fernere väterliche und vetterliche Erbschaft" nicht erklärt sind, als wir demnach nicht wissen (bei den Betheiligten konnte darüber freilich kein Zweifel sein), was die Tochter schon geerbt hatte. Indessen erklärt sich die Sache einfach so: in dem Eigen ihres Vaters war die Erbtochter allerdings Erbin geworden, die Lehen- und Stammgüter aber waren an die Stammvettern gekommen, welche dagegen jene auszusteuern hatten. Nur auf die Erbschaft in diesen Gütern ward also von der Erbtochter verzichtet. Diese Erbschaft konnte aber als väterliche und vetterliche wohl bezeichnet werden, da sie von dem Vater hergekommen und von diesem auf die Vettern gelangt war. Wie die Schwestern sonst gegen ihre Brüder und deren Nachkommen nicht blos auf die väterliche, sondern auch auf die künftige brüderliche Verlassenschaft verzichteten, so hier die Base gegen ihre Vettern und deren Nachkommen auf die vetterliche Erbschaft, worunter aber hier nur die Stammgüter begriffen wurden. Nach dieser Auslegung wäre der Verzicht allerdings ein nothwendiger gewesen; allein auch nothwendige Verzichte wurden häufig ausgestellt, und daß das Allodial-

Digitized by Google

Vermögen in einem Falle, wie der eben angeführte, nicht an die Stammvettern, sondern an die Tochter gekommen, gieng aus mehreren andern Vorgängen hervor. Auf dieses Allodialvermögen ward also hier nicht verzichtet; folglich konnte daraus auch nicht eine Gewohnheit abgeleitet werden, kraft welcher die Weiber auf alles Erbrecht gegenüber vom Mannsstamme zu verzichten gehabt hätten.

Und nicht nur dieß geht aus den gezeigten Beispielen hervor, sondern auch noch weiter das: wie schwer es überhaupt halten möchte, ein bestimmtes Verzichtsherkommen in einer und derselben Familie blos aus den stattgefundenen einzelnen Verzichten herzuleiten, indem je nach Umständen der Verzicht erweitert oder beschränkt und sodann auch mit Rücksicht hierauf sowohl, als auf die Größe der aufzugebenden Erbschaft die Summe der Abfindung bestimmt wurde. In letzterer Beziehung ist hier noch zu bemerken, daß zwar in der v. Weiler'schen Familie, deren Herkommen ich zunächst zu prüfen hatte, gewöhnlich nur ein Heirathgut von 1000 fl. außer standesmäßiger Aussteuer und Hochzeitkosten bewilligt wurde, daß es aber auch hiebei sein Bewenden häufig nicht hatte. Kerner [124]) bezeugt: bei der Ritterschaft in Schwaben bekomme eine verziehene Fräulein nach dem allgemeinen Gebrauch 2500 fl. zum Heirathgut. Dieß möchte jedoch für die damalige Zeit als Regel zu viel und für die heutige zu wenig sein. So hatte die Klägerin in dem mir vorgelegenen Falle aus der Verlassenschaft ihres Großvaters (ihr Vater war gestorben) im J. 1800 ein Heirathgut von 7500 fl. als Abfindung erhalten, der Tochter des Erblassers aber, Stiftsdame zu Oberstenfeld, ward ein Jahrgehalt von 500 fl., und für den Fall der Verheirathung ein Heirathgut von 10,000 fl. statt der väterlichen Erbschaft von ihren Brüdern ausgesetzt.

Eines geht aus der großen Reihe von Erbverzichten des 16., 17. und 18. Jahrhunderts allerdings hervor, daß nämlich auf die väterliche Erbschaft von den Töchtern zu Gunsten der Söhne regelmäßig verzichtet wurde. Allein eine Regel für den rechtlichen Ausschluß der Töchter von jener Erbschaft, abgesehen von den Stammgütern, möchte nach den früher vorgetragenen Grundsätzen auch hieraus nicht zu schließen sein; denn nicht nur ist kein Fall in der Familie vorgekommen, wo eine Tochter ohne Verzicht für ausgeschlossen ge-

124) Reichsritterschaftl. Staatslandrecht S. 94. Note y.

Digitized by Google

halten worden wäre, sondern es ward auch der Verzicht immer als die Folge einer Abfertigung, somit als ein lästiges Geschäft, nicht als bloße Schenkung oder Formalität, angesehen.

Der Verzicht war also freiwillig, so wie und so weit er die Erbschaft außer dem Lehen- und Stammgute betraf; und da bei dem Zusammentreffen mit Brüdern oder Brudersöhnen demselben gewöhnlich diese Ausdehnung gegeben wurde, häufig theils freiwillig, theils nothwendig; nothwendig in Hinsicht auf Stamm- und Lehengut, freiwillig in Hinsicht auf die übrige sogenannte Allodial-Erbschaft. Bezeichnend ist die Art, wie die Freiheit der Willenserklärung in dem Verzicht der Katharine von Weiler, verehelichte Megenzer, vom J. 1608 ausgedrückt wurde. Der Verzicht ward hier in Gegenwart eines kaiserlichen Notars nach der alten Form der Uebergabe „mit Mund und Hand" geleistet und durch einen leiblichen Eid bekräftigt. Nicht genug daß, wie dieß in notariatlichen Verzichtsinstrumenten gewöhnlich vorkommt, die römischen jura feminarum vorher in Erinnerung gebracht und declarirt worden; es ward auch noch eine weitere (deutsche) Form der Bethätigung des Willens für nützlich gehalten. Von ihrem Vogt (Kriegsvogt) wurde die Verzichtende dreimal in Abwesenheit ihrer Brüder gefragt und an ihre Rechte, Gerechtigkeiten und Freiheiten erinnert; so oft sie aber wieder vorgeführt worden, ward von ihr durch ihres Vogts und ihren eigenen Mund mit Ja! frei öffentlich der Verzicht bekannt.

Wir haben bis jetzt nur von den Verzichts-Urkunden und Heirathsabreden, sofern sie den Töchterverzicht betreffen, gesprochen. Außer diesen können auch andere Verträge, namentlich Theilungen, letztwillige Verordnungen für den Beweis des Herkommens einer Familie in Absicht auf das Erbrecht der Töchter benützt werden. Auch hier ist jedoch große Vorsicht räthlich: denn die besonderen Umstände, unter welchen im einzelnen Falle verfügt wurde, gehen häufig aus solchen Urkunden nicht hervor, und doch sind dieselben zu wissen nöthig, wenn daraus auf eine allgemeine Regel geschlossen werden soll.

Ich erlaube mir dieses wieder aus einzelnen Beispielen in der v. Weilerschen Familie zu erläutern.

Ein Familien-Vertrag, wodurch die Verbindlichkeit zu Verzichten allgemein ausgesprochen oder das Recht der Töchter ein für alle-



Digitized by Google

mal festgesetzt worden wäre, lag nicht vor, sondern nur einzelne letztwillige Verordnungen und Theilungsverträge, wodurch über die in Betracht kommende einzelne Verlassenschaft Verfügung getroffen wurde. Hieher gehörte namentlich:

1) eine Anzahl von Urkunden über die Allodial-Erbschaft eines im Jahre 1535 gestorbenen Caspar von Weiler, wonach die Allodien mit den Lehen von Württemberg eingezogen, nachher aber an die Schwesterkinder des Verstorbenen als nächstgesippte Freunde herausgegeben wurden.

2) Testament Dietrichs v. Weiler von 1602, worin bestimmt ist: den Töchtern des Erblassers solle von den Söhnen ein Heirathgut gegeben werden nicht unter 1000 fl., den unverehelichten jährlich der Zins hievon, damit sie nicht von den Brüdern als Dienstmägde behandelt werden. Daß sie damit statt aller Erbschaft abgefertigt werden sollen, steht nicht in der Verfügung; nur wird, wie natürlich, vorausgesetzt, daß die Söhne im Lehen folgen, und daraus ihre Schwestern ausstatten. Uebrigens war bei 6 Töchtern, welche der Erblasser neben 6 Söhnen hinterließ, ein Heirathgut von je 1000 fl. eine anständige Abfertigung auch von der Erbschaft. Die Wittwe Dietrichs hinterließ eine besondere Verordnung vom Jahr 1608, worin sie ihre Söhne zu Erben einsetzte, hinsichtlich der Töchter die Anordnungen ihres Vaters bestätigt und beifügte, daß, so lange sie ledig (d. h. unverheirathet) ihnen von ihren Brüdern des Verzichts wegen nichts zugemuthet werden solle.

3) Ein Vergleich von 1617 zwischen den Söhnen des ebengenannten Herrn v. Weiler. Diese theilten unter sich nicht blos, wie es scheint, die Erbschaft ihres Vaters Dietrich v. Weiler, sondern auch die ihres Oheims Burkhard v. Weiler, welcher ohne Hinterlassung von Nachkommen gestorben war. Der Fall scheint also hier ein ähnlicher zu sein, wie der Nro. 1 bemerkte, nur daß dießmal die weiblichen Verwandten (die Töchter) nicht erbten, sondern von ihren Brüdern ausgeschlossen wurden. Daher ward auch hierauf beklagter Seits ein großer Werth gelegt, zumal, weil auf die Erbschaft des Oheims von den zuvor verheiratheten Nichten nicht ausdrücklich verzichtet worden war. Indessen scheint die Erbschaft des Oheims erst dann Gegenstand der Theilung geworden zu seyn, nachdem dieselbe bereits von dem Vater angetreten worden. Sie

Digitized by Google

nahm also die Natur der väterlichen Erbschaft an, und folgte mit dieser den Söhnen, da die Töchter verzichteten. Wegen der Erbverzichte war nur bestimmt: „Inmaßen denn auch der Verzug der dreyen (unausgestatteten) Schwestern befördert werden solle." In einer andern Beziehung dagegen ist dieser Vergleich merkwürdig. Es ist nämlich darin bestimmt, daß die eigenthümlichen Güter bei dem adelichen Geschlecht deren von Weiler verbleiben und ohne Vorwissen und Einwilligung der Gebrüder nicht verändert, oder versetzt, sondern bei und unter ihnen als Lehengüter geachtet werden sollen. Hierin lag die erste Stammgutsstiftung, aber wohl bemerkt, nur für die damaligen Güter; auf den Eintritt in diese konnten also die Töchter, so lange noch Mannsstamm vorhanden, keinen Anspruch machen; ebensowenig bedurfte es eines Verzichts auf dieselben von Seite der weiblichen Nachkommen der vertragenden Söhne.

4) Inventur und Theilung von 1633. Beklagter Seits ward diese Theilung darum für besonders wichtig gehalten, weil daraus hervorgehen sollte, daß die Töchter auch ohne ausdrücklichen Verzicht von der schwesterlichen Erbschaft ausgeschlossen seien. Allein, genauer betrachtet, war dieß nicht der Fall: denn die Schwestern wurden von dem Erbe nur aus dem Grund ausgeschlossen, weil ihr Bruder Weiland Junker Wolfgang den Tod der Erblasserin noch erlebt, und diese ein Testament hinterlassen hatte, kraft dessen jener mit den Brüdern sich in die Erbschaft theilen sollte.

5) Vergleich von 1702 zwischen Friedrich und Dietrich v. Weiler. Hier erbietet sich Dietrich v. Weiler für den Fall, daß sein Bruder Friedrich ohne männliche Erben abgienge, und somit die Güter und Gefälle auf seine Linie fallen sollten, jeder Tochter desselben bei ihrer Verheirathung statt der sumptuum nuptialium 150 fl. zu einem Hochzeitkleid oder Kleinod zu geben. Beklagter berief sich hierauf, um zu beweisen, daß jedenfalls der gesammte Gutsbesitz ohne Ersatz der Aufbesserungen auf die Stammvettern übergegangen. Allein daß Wittwe und Töchter Erben im Allod seien, ward ausdrücklich anerkannt; daß aber die Immobilien nicht hierunter begriffen wurden, hat seinen Grund darin, weil es sich nur von solchen Gütern handelte, welche theils württembergische und hanauische Lehen, theils Stammgüter waren. Auf die gemachte „Meliorations-Prätension" ward allerdings für jetzt und künftig verzichtet; allein daß überhaupt von einer solchen Forderung gegen den Stammgutsfolger die Rede



Digitized by Google

sein konnte, beweist nur wieder, daß die Lehen- und Stammgutsfolge von der gemeinen Erbfolge getrennt, und daß die Töchter Friederich's von der letzteren gegenüber von ihrem Oheim nicht ausgeschlossen waren. Dieser Vergleich ist um so wichtiger, als er unter Vermittlung einer kaiserlichen Commission (in der Person des Herzogs Friedrich August von Württemberg-Neustadt) abgeschlossen und von dem herzoglichen Lehenrath zu Stuttgart bestätigt worden war.

6) Theilung über das Vermögen des Freiherrn Johann Friederich v. Weiler von 1744. Auch hier ist nur von dem väterlichen Vermögen die Rede; und zwar wurde es von dem Vormund der drei Töchter mit Einwilligung ihres Bruders Friederich für gut und rathsam gehalten, nach der alten Observanz des Weilerschen Hauses einem jeden Fräulein 1000 fl. zu Heirathgut und 400 fl. zur Ausfertigung zu setzen, und inzwischen bis zur Verheirathung jeder 50 fl. Kost- und 25 fl. Kleidergeld zu geben. Daß das Allod nicht ausschließlich dem Mannsstamme vorbehalten war, gieng auch hervor aus einem Theilungsvertrag von 1762, wornach die Wittwe des Freiherrn Ludwig von Weiler zu Weiler vermöge Testaments Universalerbin des Allods geworden war. Der Umstand, daß dieses Allod dazumalen nicht in liegenden Gütern, sondern blos in fahrender Habe bestanden, ändert an dem Grundsatze nichts.

7) Einen weiteren Beleg für die Behauptung, daß selbst bei entfernterer Sippe (als Geschwistern) wenigstens das allodiale Immobiliar-Verlaßthum an die Lehensfolger übergegangen, war beklagter Seits in einem Theilungs-Receß von 1759 gefunden worden, wornach bei dem Tode des Ritterraths Dietrich v. Weiler, dessen Güter, Renten und Gefälle zwischen den Agnaten, Freiherrn Ludwig, Friederich und Eberhard getheilt worden, obgleich von dem Bruder Burkhard Dietrich drei Töchter vorhanden gewesen. Daß hierunter auch Allodien begriffen, sollte daraus hervorgehen, daß es an der Stelle, wo von Abtretung der Succession von Seite Ludwigs v. Weiler an seine Neffen die Rede sei, Lehensfolge und Erbschaft zugleich als Object angegeben worden. Allein, worin die Verlassenschaft Dietrichs überhaupt bestanden, und wie sie getheilt worden, gieng aus dem Recesse nicht hervor, sondern nur, daß der Antheil an dem Gut Maienfels Gegenstand des Vergleichs war und andererseits solche Lasten, welche als dem Gutsbesitz anhängig betrach-

Digitized by Google

tet wurden. Unter Erbfolge im Gegensatz zur Lehensfolge kann aber ebensowohl die Stammgutsfolge als die gemeine Erbfolge verstanden sein.

8) Vertrag vom 4. Dezbr. 1778. In diesem Vertrag, welchen gleichfalls der Beklagte beigebracht hatte, wird gleich im Eingange gesagt, daß die gesammte Verlassenschaft des Freiherrn Eberhard Casimir von Weiler auf Lichtenberg auf dessen nächsten und alleinigen Agnaten, den Herrn Ritterrath von Weiler (Großvater der Klägerin) gekommen, das sämmtliche Allodialvermögen hingegen auf des Herrn Erblassers hinterbliebene einzige, noch minderjährige Tochter Louise Fräulein von Weiler. Wenn gleich auch sie keine Güter bekam, so war der Grund hievon nur der, weil einzig das Stammgut, und auch dieses in schlechtem Stande, hinterlassen wurde. Dagegen wurden der Tochter als väterliche Erbschaft zugeschieden die Mobilien und Activen, Kleider, Rüstung und Gewehr, desgleichen alle laufenden Einkünfte von den Stamm- und Lehengütern. Außerdem verpflichtete sich der Stammvater statt des sonstigen Heirathguts von 1000 fl. und 300 bis 400 fl. Ausfertigung der Erbtochter zusammen an Heirathgut und Aussteuer 2000 fl. zu geben, wogegen sie nach adelichem Gebrauch auf weitere Ansprüche an den freiherrlich von Weilerschen Mannsstamm (d. h. die Lehen- und Stammgüter) feierlich zu verzichten verbunden sein solle.

9) Erbvertrag vom 15. Juli 1799. Sehr wahr und bezeichnend lautet der Eingang dieses Vertrags:

> Demnach wir unterzeichneten Geschwister durch die traurige Erfahrung belehrt sind, wie wenig fest und wie schwankend vielmehr die Grundsätze sind, welche in Hinsicht auf die Erbfolge adelicher Töchter in die Verlassenschaft ihres Vaters mit und neben ihren Brüdern und Neffen Platz greifen rc.

Auch die von der Tochter des Erblassers ertheilte Einwilligung, daß außer den Lehen-, Stamm- oder Fideicommißgütern auch die eigenthümlichen liegenden Gründe und Gebäude ihres Vaters, und selbst die Mobiliarverlassenschaft desselben, ihrem Bruder zufallen sollen, beweist nicht gegen, vielmehr für ihr gesetzliches Erbrecht; denn dieß war lediglich ein freiwilliger und zwar lästiger Verzicht (der jährliche Unterhalt und das Heirathgut wurden namhaft er-

Digitized by Google

höht), wie auch aus der Bestimmung hervorgeht, welche nicht mit dem üblichen Vorbehalt auf ledigen Anfall zu verwechseln ist:

> Da ich die paciscirende Schwester vorzüglich die Erhaltung und Befestigung des Wohlstandes und Glanzes des freiherrlich von Weilerschen Mannsstamms bei diesem Erbfolgevertrag zur Absicht habe, so behalte ich mir auf den, zwar sehr unwahrscheinlichen, aber doch immer möglichen Fall, daß eine unglückliche Revolution alle adeliche Verhältnisse auflösen sollte, meine volle Erbrechte auf die väterliche Verlassenschaft ausdrücklich vor, und will auf den gedachten Fall nicht an diesen Erbfolgevertrag gebunden sein.

Auf die späteren Vorgänge konnte in dem bezeichneten Falle darum kein Gewicht gelegt werden, weil durch königliche Verordnung vom 22. April 1808 die landrechtlichen Erbfolge-Bestimmungen auf die der Souveränität jetzt unterworfenen fürstlichen, gräflichen und ritterschaftlichen Familien ausgedehnt wurden [125]), *wiewohl* der Adel auch in der Zwischenzeit bis zur Wiederherstellung der Fideicommisse im Jahr 1817 sich mehrentheils freiwillig an das alte Familienrecht gehalten, und dadurch die Stammgüter großentheils gerettet hat.

Betrachten wir nun alle angeführten Handlungen, wie sie *sich* nach und nach in einer bestimmten Familie zugetragen *haben*, so kann darüber kein Zweifel sein, daß dadurch ein von dem Adelsrechte in Deutschland, insbesondere dem vormaligen reichsritterschaftlichen Privatrechte, abweichendes Familienherkommen sich nicht gebildet hat, und daß als entschieden nur betrachtet werden kann der Ausschluß der Töchter von den Lehen- und Stammgütern des Hauses und zwar zu Gunsten des gesammten Mannsstamms; wogegen zu jeder weiteren Zurücksetzung in der freieigenthümlichen Verlassenschaft, sei es des Vaters oder der Mutter, der Brüder oder Schwestern, ein besonderer Verzicht erforderlich war.

## §. 6. Ergebniß der Untersuchung. Rechtsgrund des Verzichts. Folgen daraus.

Wir haben bisher das Erbrecht der adelichen Töchter und die Bedeutung ihrer Verzichte von verschiedenen Ausgangspuncten un-

125) S. mein württemb. Privatrecht §. 47.

Digitized by Google

tersucht, und werden nun im Stande sein, die Lehrsätze, welche wir bisher im Einzelnen nachgewiesen haben, in ihrem Zusammenhang zu betrachten und unter einen leitenden Grundsatz zu bringen.

Die Ansicht der Aelteren, daß ein wahres Erbrecht den Töchterverzichten nicht zu Grunde liege, diese vielmehr Scheinverzichte seien, hat sich auch im Laufe unserer Ausführung als unrichtig erwiesen. Wir sind vielmehr zu dem entgegengesetzten Ergebniß gelangt: daß die Töchter nach dem gemeinen, auch für den Adel wirksamen, deutschen Recht spätestens im 14. Jahrhundert ein gleiches Erbrecht mit den Söhnen hatten, und daß die Verzichte, welche seit dieser Zeit häufiger vorkommen, gerade dazu dienen sollten, dieses Recht in den einzelnen Fällen aufzuheben. Nur in den Stammgütern — in den Lehen trat ohnedieß eine eigenthümliche Folge ein, welche auf einem andern Prinzipe beruhte — waren die Töchter schon von Rechts wegen ausgeschlossen. Das Stammgutsrecht war aber zu der Zeit, da die Verzichte häufiger wurden, selbst erst in seiner Entwicklung begriffen, und die Verzichte mußten mit zu dieser Entwicklung beitragen; kein Wunder also, daß die Verzichte auf das Stammgut mit erstreckt wurden, ja zur Erhaltung und Vermehrung des Stammguts wesentlich beitrugen. Dessen ungeachtet wird man nicht sagen können, der Verzicht sei Grund des Ausschlusses der Töchter vom Stammgut, als solchem, gewesen; vielmehr scheint der Grundsatz von dem nothwendigen d. h. unfreiwilligen Verzicht und der ipso jure Renunciation, worüber früher so viel Streit war, weil man zwischen dem Stammgut und übrigen Vermögen nicht unterschied, gerade auf das Stammgut bezogen werden zu müssen. Worauf beruhte nun aber der Ausschluß der Töchter vom Stammgute und ebendamit die Nothwendigkeit ihres Verzichts auf dasselbe?

Ich bin genöthigt, hier an das Recht des früheren Mittelalters zu erinnern, wo der Mannsstamm mehr begünstigt war, als in dem Rechte des 13. und 14. Jahrhunderts, namentlich an die Bestimmungen des fränkischen Rechts über die terra salica, worauf der ganze Mannsstamm, an den „Ansidel" des Schwabenspiegels, worauf der Sohn ein Vorrecht hatte. Wie wir schon früher bemerkten, läßt sich zwar hierauf unmittelbar das spätere Adelsrecht nicht gründen; aber erklären läßt sich daraus das Bestreben des Adels, den Vorzug des Mannsstamms, wenigstens in Hinsicht auf

Digitized by Google

gewisse Güter, die durch die Gunst des früheren Rechts bei der Familie geblieben waren, aufrecht zu erhalten. Die unmittelbare Grundlage jenes Vorzugs waren jetzt Familiengesetze und Familienherkommen, also dieselben Quellen, worauf noch jetzt das eigenthümliche Familienrecht des hohen und niedern Adels beruht. Besonders muß dieses gesagt werden von der besonderen Folge in die adelichen Stammgüter, welche dem älteren Rechte unbekannt waren; denn weder die terra salica, noch der väterliche Ansiedel sind als Stammverlassenschaft oder Familiengut im neueren Sinne zu betrachten. Hierzu konnte ein edelmännisches Besitzthum nur werden, indem dasselbe für unveräußerlich erklärt und ausgesprochen wurde, daß es zu Erhaltung des Stammes und Namens bis zu Abgang des Geschlechts bei diesem erhalten werden solle. Dadurch ward der gesammten männlichen Nachkommenschaft, nicht blos dem nächsten Erben ein Anrecht auf das betreffende Gut gesichert. Man hat eine solche Bestimmung, welche auf verbindliche Weise nach deutschem Recht nur durch Familienvertrag oder Familienherkommen erfolgen konnte [126]), nach Aufnahme des römischen Rechts mit dem Namen fideicommissum bezeichnet [127]), eine Bezeichnung, welche allerdings unrichtig wäre, wenn man darum auch die römischen Grundsätze über die Entstehung und Dauer des Fideicommisses darauf anwenden wollte, welche es aber nicht ist, wenn damit nur der Hauptgedanke ausgedrückt werden will, daß der jeweilige Besitzer verpflichtet ist, das Gut, wie es ihm geworden, wieder einem Andern zu hinterlassen [128]). Unrichtig wäre es dagegen, wenn man sich unter dem Inhaber, statt wie unter dem römischen Fidei-Commissar den rechtlichen Eigenthümer, einen bloßen Nutznießer oder einen Treuhänder (Depositar) im Sinne des deutschen Rechts, die Familie

126) Das heutige Recht s. bei Beseler Erbverträge II, 2. S. 42 f. 84 f.

127) S. namentlich Knipschild, de fideicommissis familiarum nobilium s. de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur tractatus. Argent. 1626.

128) Ein Stammgut im weitern Sinn, dessen Eigenthümlichkeit blos darin bestünde „daß die Töchter bei ihrer Verheirathung zum Besten der Söhne oder des Mannsstamms darauf verzichten müssen" (Eichhorn Einl. §. 367), welches aber von Todes wegen und unter

Digitized by Google

aber als Eigenthümerin dächte, was sie nicht sein kann [129]). Meines Erachtens sollte übrigens, um Verwechslungen vorzubeugen, der Name Stammgut vorgezogen und nicht von Fideicommiß-, sondern von Stammguts-Stiftern gesprochen werden, wenn anders diese auszumitteln sind, was bei einem althergebrachten Stammgut in der Regel nicht der Fall sein möchte. Mit der Idee einer Stammgutsstiftung hängt nun aber auf's Engste zusammen eine andere Vorstellung, welche erst von den Juristen des vorigen Jahrhunderts klar ausgesprochen worden und nun auch der Praxis so sehr eingelebt ist, daß es den neueren Bekämpfern derselben noch nicht gelungen ist, sie zu verdrängen. Ich meine die Idee einer successio ex pacto et providentia majorum, welche zwar zu manchen Irrthümern Veranlassung gegeben hat, aber darum nichtsdestoweniger das Wesen der Stammgutsfolge und der daraus für die Erbberechtigten hervorgehenden Ansprüche klar und wahr ausspricht. Ist nämlich die Quelle des Stammgutsrechts nichts anders als autonomische Beliebung, sei es in der einen oder andern Form, so verdanken in der That die Nachfolger ihren Eintritt nicht dem letzten Besitzer, sondern den Stammgutsstiftern [130]). Ebendarum stehen aber auch die Töchter von selbst gegen die sämmtlichen männlichen Nachfolger der Stifter zurück (indem nämlich jene im Verhältniß zu den Stiftern als Söhne in Betracht kommen), während von dem Ansidel, so wie von dem „Erbe" des Sachsenspiegels die Töchter nur ausgeschlossen waren durch die Söhne. Auch darin unterscheidet sich das Stamm-

Lebenden frei veräußert werden könnte, gibt es meines Wissens nicht. Die Beschränkung der Veräußerung von Erbgütern war nach den Rechtsbüchern bekanntlich allgemein und ist auch jetzt noch allgemeiner, als der Ausschluß der Töchter.

129) Von einem Gesammteigenthum der Familie spricht wieder Beseler a. a. O. S. 51. Ein Obereigenthum räumt den Anwärten ein das östreichische Gesetzbuch §. 630, ein Miteigenthum das bairische Edict von 1818, §. 42.

130) Der Grund, welcher gegen jene Idee geltend gemacht worden, daß durch die autonomischen Dispositionen weder ein Erbrecht gegeben noch genommen worden (Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 454), kann nach dem früher Angeführten nicht zugegeben werden.

Digitized by Google

gut von dem Ansidel, daß, während die Töchter auf diesen gar kein Recht hatten, den Stammgutsfolgern dagegen die Pflicht zu standesmäßiger Ausstattung der Töchter obliegt, und diese Ausstattung, als gleichfalls in der Vorsorge des Stifters begriffen, in der Eigenschaft einer Reallast auf dem Gute haftet.

Wenn wir nun aber die Stammgutsfolge von der Folge im gemeinen Erbe trennen und nothwendig trennen müssen, so ergibt sich daraus für die Lehre von den Erbverzichten der wichtige Unterschied, daß es dort eines Verzichts nicht bedarf, und wenn er gefordert wird, dieser blos die Erfüllung einer leeren Förmlichkeit zum Zwecke hat (uneigentlicher Verzicht), während hier der Verzicht allerdings von thatsächlicher Bedeutung ist. Für den Verzicht in dieser letztern und eigentlichen Beziehung, das heißt für den Verzicht auf die gemeine Erbschaft (eigentlichen Verzicht) sind wir nun aber genöthigt, erst einen leitenden Rechtsgrund aufzusuchen und zwar einen Rechtsgrund, der von dem des uneigentlichen Erbverzichts verschieden ist. Eine Nothwendigkeit, auch auf das gemeine Erbe zu verzichten, hat uns die Geschichte der Erbverzichte nicht gezeigt, wohl aber ein Erbrecht der Töchter, und da kein Berechtigter in der Regel genöthigt ist, seinem Rechte zu entsagen, so erscheint der Verzicht in dieser Ausdehnung, in welcher er am häufigsten vorkommt, als Sache freier Beliebung (res merae facultatis). Daher erklärt sich, daß, ein so guter Grund auch vorhanden war, für den einen Verzichtsgegenstand, das Stammerbe, die Unfreiwilligkeit des Verzichts zu behaupten, doch wegen der regelmäßigen Beimischung des anderen die Ansicht von Freiwilligkeit desselben praktisch überwog und auch hinter den Gründen und Vorkehrungen für die erstere Ansicht nicht undeutlich durchschimmerte.

Die neueren Staatsgesetzgebungen gehen nun auch davon aus, daß die weibliche Nachkommenschaft von den Stamm- oder Fideicommißgütern von selbst ausgeschlossen sei [131]), ja zum Theil in der Ausdehnung, daß nach Erlöschung des Mannsstamms auch in den sofort berechtigten weiblichen Linien die männliche Geschlechtsfolge wieder eintreten solle [132]). Der Verzicht auf das Stammgut ist

131) Preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 4. §. 189.

132) Oestr. Gesetzbuch §. 626. Nach preuß. Landrecht a. a. O. §. 190. nur, wenn das Fideicommiß als ein subsidiär-kognatisches vom

hiernach nicht nothwendig zu Begründung des Ausschlusses; der Verzicht auf die übrige Erbschaft des Vaters, der Mutter u. s. w. aber steht unter der allgemeinen Regel der Erbverträge [133]), ist also freiwillig und keine erzwingbare Handlung. Jene neueren Gesetze bestätigen also den Unterschied, welchen wir oben gemacht haben.

Nach allem Bisherigen glaube ich meine Ansicht über das Erbrecht der adelichen Töchter, so wie über den Umfang und die Bedeutung der Töchter-Verzichte im Allgemeinen dahin abgeben zu können:

1) Die adelichen Töchter sind in der Regel nur von der Nachfolge im Stammgute ausgeschlossen; dieser Ausschluß folgt aus dem Begriff des Stammguts von selbst und findet statt, auch ohne vorausgegangenen Verzicht, und zwar nicht blos zum Besten der Brüder, sondern auch der übrigen Verwandten vom Mannsstamm (der sogenannten Agnaten oder Stammvetter), soweit solche von den Stiftern des Stammguts abstammen oder in der Stiftung ausdrücklich bedacht sind. Die Stammgutseigenschaft kann aber aus dem Vorkommen von Töchter-Verzichten allein nicht geschlossen werden [134]). Ist es zweifelhaft, ob die Güter, um deren Beerbung es sich handelt, zu den Stammgütern gehören, so spricht die Vermuthung gegen die Stammgutseigenschaft [135]). Von dem übrigen väterlichen oder brüderlichen Erbe, so wie von der mütterlichen und schwesterlichen Erbschaft sind die adelichen Töchter nur ausgeschlossen, sofern verbindliche Familiengesetze ihnen im Wege stehen oder sie darauf besonders verzichtet haben. Dieser Ausschluß findet aber

Stifter erklärt ist, ohne eine besondere Successionsordnung für die kognatische Folge vorgeschrieben zu haben.

133) Obgleich nach dem östr. Gesetzbuch §. 602 Erbverträge blos unter den Ehegatten gültig seyn sollen, wird doch der Erbverzicht allgemein gestattet, das. §. 551. Das preuß. Landrecht I, 12. §. 650 gestattet zwar Erbverzichte zu Gunsten eines Dritten nur alsdann, wenn der Erblasser dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitritt. Doch findet diese Vorschrift auf Familienverträge, welche sonst gültig geschlossen sind, keine Anwendung. Das. §. 655.

134) S. oben S. 296. v. Salza und Lichtenau von Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen §. 16.

135) Kerner, reichsritterschaftliches Landrecht S. 96.

Digitized by Google

im Zweifel nur Statt zu Gunsten der Brüder und Bruderssöhne, nicht auch der entfernteren Mannsverwandten.

2) Die Töchter-Verzichte setzen im Zweifel ein anerkanntes Erbrecht voraus, wie andere Erbverzichte, sind also freiwillige und eigentliche Verzichte. Daher kann eine Tochter, welche nicht verzichtet hat, in der Regel nur von dem Stammgute, nicht aber von der gemeinen Erbschaft ausgeschlossen werden. Daraus folgt weiter, daß die Töchter-Verzichte, wie die Rechtslehrer sich ausdrücken, strictissimi juris sind, das heißt, wörtlich erklärt werden müssen. Es darf also nicht von dem Verzicht auf ein Erbe auf das Aufgeben eines andern (de re ad rem) geschlossen werden; wie denn z. B. daraus, daß auf väterliche und mütterliche Erbschaft verzichtet worden, noch nicht folgt, daß auch die brüderliche Erbschaft, oder gar die des Oheims, inbegriffen sei[136]). Hat jedoch eine Tochter im Allgemeinen auf väterliche Erbschaft Verzicht gethan, so ist darunter im Zweifel die ganze Erbschaft und zwar vorzugsweise die fahrende Habe und das neu erworbene Gut, worauf die Tochter ein Erbrecht hatte, zu verstehen. Ebenso ist unter dem Verzicht auf „Lehen und Erbe" im Zweifel die bewegliche Verlassenschaft mitbegriffen[137]). Aus der bloßen Verzichtsgewohnheit kann die Nothwendigkeit des Verzichts, das heißt die Verbindlichkeit der Töchter, sich mit einer standesmäßigen Ausstattung zu begnügen, nicht geschlossen werden. Dagegen möchte die Thunlichkeit, durch ein Familiengesetz diese Verbindlichkeit festzusetzen, nicht mit Eichhorn[138]) auf den hohen Adel zu beschränken, sondern auch auf den vormals reichsritterschaftlichen Adel zu erstrecken sein, sofern dieser dem ersteren durch den Art. 14 der Bundesacte hinsichtlich des Rechts der Selbstsetzung (Autonomie) im Wesentlichen gleichgestellt ist.

3) Zweck des Erbverzichts ist der Regel nach die Erhaltung

---

136) S. Tübinger Consilium in Betreff eines Falls aus Franken bei Schilter tract. praec. tom. II. p. 250 und die dort Angeführten; ferner: Cramer opusc. tom. III. §. 101. Nro. 4. §. 102. Desselben observat. jur. univers. tom. I. obs. 23. §. 2. p. 63.

137) Anderer Ansicht J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 159. Nro. 25.

138) Einleitung in das Privatrecht §. 349.

Digitized by Google

und Emporbringung des adelichen Stammes und Namens. Es liegt also demselben im Zweifel eine Freigebigkeit von Seite der Verzichtenden und zwar eine Schenkung zu einem bestimmten Zwecke (donatio sub modo) zu Grunde, daher das Geschäft nicht aus dem Grunde der Verletzung über die Hälfte oder wegen Verletzung des Pflichttheils angegriffen werden kann. Daraus folgt aber nicht, daß der Verzicht auch zu Gunsten entfernterer Mannsverwandten, als welche darin genannt sind, zu deuten ist: denn nicht nur kann jener Zweck, wie jeder andere modus (sunt certi denique fines) seine Grenzen haben, sondern es ist auch bekannten Rechtens, daß die Liberalität einer Handlung über die Bestimmung des Handelnden nicht ausgedehnt werden darf. Man wird vielmehr unterscheiden müssen: worauf verzichtet worden? Ist der Gegenstand des Verzichts das Stammgut, so folgt schon aus der Natur dieses Guts, daß die Töchter von der Folge durch die Nachkommen vom Mannsstamme überhaupt oder in gewissen Linien, bei welchen sich das Stammgut gebildet hat, ausgeschlossen sind. Sollte daher der Verzicht auch blos zu Gunsten der Brüder lauten, so würde dieß der Stammgutsfolge der übrigen Mannsverwandten keinen Eintrag thun. Geht dagegen der Verzicht auf das gemeine Erbe, so ist im Zweifel anzunehmen, daß derselbe blos das Beste des Mannsstamms in den Linien der Brüder bezwecke.

4) Die Wirkung des Verzichts ist im Zweifel der gänzliche Verlust des zuständigen Erbrechts, so daß die Verzichtende aus dem Grunde der gesetzlichen Erbfolge an die betreffende Verlassenschaft keinen Anspruch machen kann, aber auch zu einer Einwerfung des Erhaltenen gegen die wirklichen Erben nicht verpflichtet ist. Der Anfall durch letzten Willen oder Erbvertrag ist dadurch nicht ausgeschlossen. Ebenso steht es zu der Verzichtenden, ihre Entsagung an eine Bedingung zu knüpfen, welche aber nur dann wirksam ist, wenn das Erbrecht in Wahrheit zuständig war, also nicht auch bei dem Verzicht auf das Stammgut, worauf die Tochter ohnedieß kein Recht hatte.

Damit hängt zusammen der Vorbehalt des Erbrechts „auf ledigen Anfall“, welcher auf den ersten Anblick nichts Anderes zu sein scheint, als eine auflösende Bedingung, beigefügt für den Fall des Aussterbens desjenigen Zweigs der Familie, zu dessen Gunsten verzichtet worden. Dieser Fall wird darum lediger Anfall genannt,

weil der Rückfall der verzichteten Erbschaft oder der Regreß zu derselben davon abhängig ist [139]). Keineswegs wollten aber die Töchter ursprünglich durch diesen Vorbehalt ihren Verzicht beschränken, ihm eine Bedingung beifügen in der Absicht, die Brüder und deren Nachkommen die Vortheile desselben nicht vollständig genießen zu lassen, sondern es sollte dadurch nur den Verzichttöchtern und ihren Nachkommen ihr natürliches, wenn schon wirksam aufgegebenes, Erbrecht unter der Voraussetzung geschützt werden, daß der Verzicht kein praktisches Interesse mehr darbieten sollte, weil diejenigen, zu deren Gunsten verzichtet worden, nicht mehr am Leben sind. Dadurch daß der ledige Anfall, aus Mißverstand der Sache, hier und da schon für den Fall festgesetzt wurde, daß die männliche Nachkommenschaft der Brüder ausgestorben wäre, ward der berühmte Streit über den Vorzug der sogenannten Regredienterben vor der Erbtochter herbeigeführt, welcher Vorzug jedoch nur dann anzunehmen ist, wenn entschieden die Hausgesetze denselben verordnen. Aus der angeführten Fassung des Vorbehalts in dem einen oder andern Verzicht kann darauf noch nicht geschlossen werden, vielmehr ist derselbe einfacher dahin zu erklären, daß die Verzichtende ihre Ansprüche auf das Stammgut für den Fall sichern wollte, wenn zur Zeit der eröffneten Nachfolge kein Mannsstamm und auch keine näher verwandte Person weiblicher Linie vorhanden wäre, ohne aber, was ihr ohnedem gar nicht zustand, die Erbfolge in der Familie und daher auch den Vorzug der Erbtochter, sei es in der Stamm- oder übrigen Verlassenschaft, abzuändern.

139) Näheres hierüber s. bei Beseler, Erbverträge II, 2. S. 299. Vergl. Eichhorn, Stats- und Rechtsgeschichte III. §. 454.

Digitized by Google

# VII.

## Das k. preußische und das k. württembergische Justizministerium über

# Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege.

### Nebst einigen Worten für gemischte Gerichte

von Reyscher.

---

Diese Zeitschrift hat zwar die Lehre vom Verfahren zunächst nicht in ihren Kreis gezogen; gleichwohl sollten Gegenstände hieraus insoferne berücksichtigt werden, als sie mit dem Endzweck der Zeitschrift, Beförderung einer deutschen Rechtswissenschaft, unmittelbar zusammenhängen (Bd. I. S. 9). Ein Gegenstand dieser Art ist die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, wie überhaupt jede Anstalt, wodurch das Volk zur Theilnahme an der Rechtspflege wieder herangebildet und das Recht selbst zu seiner wahren Quelle, den Sitten und dem gesunden Sinne des Volks, zurückgeführt wird.

Nach der Art, wie noch vor wenigen Jahren die Sache angefaßt wurde, hätte man glauben sollen, daß das öffentlich mündliche Verfahren mindestens in Strafsachen vor der Thüre sei. Insbesondere schienen diejenigen Staaten (Preußen, Baiern, Hessen-Darmstadt), welche einzelne Bestandtheile in sich haben, denen das französische Gerichtsverfahren bei ihrer Rückkehr an Deutschland gelassen worden, geneigt, die Grundlagen jenes Verfahrens in einer auch für ihre übrigen Landestheile angemessenen Weise auszuführen und dadurch einerseits die Besorgniß der neuen Lande, es möchte dasselbe preisgegeben werden, andererseits die Eifersucht der alten Lande zu heben, welche in volksthümlichen Einrichtungen nicht zurückstehen wollten.

Das Gutachten einer königlich preußischen Immediat-Justiz-Commission (besonders gedruckt 1819) hatte sich nicht blos für diese

Digitized by Google

beiden Grundsätze, sondern auch für die Geschwornen-Gerichte ausgesprochen. Der Appellationsgerichts-Präsident v. Feuerbach, welcher im Frühjahr und Sommer 1821 mit Unterstützung Seiner Königlichen Majestät von Baiern eine juridische Beobachtungsreise nach Paris, Brüssel und in einige Rheinprovinzen machte, hat zwar an dem französischen Verfahren mit Recht sehr Vieles zu tadeln gefunden; allein, was er tadelt, ist nicht der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, wofür er sich schon früher ausgesprochen hatte, auch nicht das Geschwornen-Gericht an sich, von dem er sagt, daß es in England die Probe längst bestanden habe, sondern die Art der Anwendung, welche von all' diesem in Frankreich gemacht worden [1]).

Es schien hiernach allerdings das öffentlich mündliche Verfahren vor dem seit Einführung des kanonischen Rechts in den bürgerlichen Gerichten allmälig zur Regel gewordenen heimlich schriftlichen den Vorzug zu verdienen, und die Aufgabe diese zu sein: jenes Verfahren in Uebereinstimmung mit dem Geiste des deutschen *Volks* und seines eigenen Rechts zu bringen. Schon Senkenberg [2]) sagt hierüber:

> Man sollte glauben, daß die alte Gerichtsverfassung derer mittleren Zeiten, da die Gelehrsamkeit damals auf schlechtem Fuß stunde, unordentlich gewesen sey. Also denken *diejenige*, welche bey denen Gerichtspersonen, um *das Gericht* zu pflegen, eine Menge Latein und Griechisch, samt einer Heerde von rechtlichen mit aller Zier- und Unzierlichkeit geschriebenen Büchern, eine ziemliche Verweilung auf Universitäten, einen rothen Doctorhut, ja weiß nicht was vor Wissenschaften voraussetzen. Unsere Alte waren kürzer. Sie braucheten, wie die Soldaten, weniger Artickel und die gesunde Vernunft. Ihr Rechtsverfahren ware durch diese, und die darauf gefolgte Gewohnheit, sehr weislich eingerichtet u. s. w.

In neuerer Zeit haben sich die Freunde des deutschen Rechts mehrfach mit Untersuchungen über das altdeutsche Gerichtsverfahren

---

1) Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs mit besonderer Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Giessen 1825.

2) Abhandlung über die kaiserl. Gerichtsbarkeit, Vorr. S. VII.

Digitized by Google

beschäftigt, und ihre Untersuchungen haben die Bemerkung Senkenbergs bestätigt. Namentlich ward eine von der königlich baierischen Akademie der Wissenschaften gestellte Preisfrage über das altdeutsche und insbesondere altbaierische öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsfällen von dem jetzigen Reichsrath von Maurer in München (damals Staatsprokurator bei dem rheinbaierischen Bezirksgerichte in Frankenthal) gelöst und hierbei nicht blos das Alter jener Einrichtung, sondern auch in der Hauptsache deren Zweckmäßigkeit überzeugend nachgewiesen [3]).

Indessen ist obige Aufgabe keine geringe. In bürgerlichen Streitsachen setzt sich ihr als Hinderniß der traurige Zustand unseres Civilrechts entgegen, das mit seinen unendlichen Streitfragen und mit seiner undeutschen Grundlage und Behandlungsweise die Rechtspflege fast nothwendig in die Schriftlichkeit und Heimlichkeit hinabzieht. In Strafsachen ist zwar dieses Hinderniß von weniger Gewicht: denn hier hatten wir seit dem 16. Jahrhundert doch ein deutsches Gesetzbuch, das freilich aus dem römischen Recht bis auf die neueste Zeit ergänzt und erklärt wurde; und jetzt wird bald jedes deutsche Land einen eigenen Strafcodex haben (in summa die deutschen Bundesstaaten 38), der wenigstens in deutscher Sprache verfaßt, und aus deutschen Theorien entlehnt ist. Allein hier treten dann andere Bedenken ein, namentlich inwiefern die Oeffentlichkeit für den Zweck der Untersuchung und die Sittlichkeit der Umstehenden ersprießlich sei? Ob es möglich, eine bis in das Einzelne ausgebildete Gesetzgebung, welche großentheils nicht aus Volksbegriffen, sondern aus künstlich wissenschaftlichen Lehrsätzen zusammengesetzt ist, der gemeinen Anschauung näher zu bringen? Unsere Absicht ist nicht, diese und andere sehr schwierigen Fragen einer neuen Untersuchung zu unterwerfen, sondern die fast gleichzeitigen Aeußerungen zweier hohen Staatsstellen mitzutheilen, welche, so wenig übereinstimmend

3) Geschichte des altgermanischen und namentlich altbaierischen öffentlich mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824. Das mündliche Anklageverfahren vor einem Schwur- oder Schöffengerichte, nach vorläufiger Untersuchung durch die Polizeibehörde, hat kürzlich noch aus der Landesordnung des kurpfälzischen Fürstenthums Oberbaiern von 1606 Thl. V. nachgewiesen der k. bairische Ministerialrath v. Fink in den Verh. der bair. Akademie vom Dez. 1841.



Digitized by Google

gewisse Güter, die durch die Gunst des früheren Rechts bei der Familie geblieben waren, aufrecht zu erhalten. Die unmittelbare Grundlage jenes Vorzugs waren jetzt Familiengesetze und Familienherkommen, also dieselben Quellen, worauf noch jetzt das eigenthümliche Familienrecht des hohen und niedern Adels beruht. Besonders muß dieses gesagt werden von der besonderen Folge in die adelichen Stammgüter, welche dem älteren Rechte unbekannt waren; denn weder die terra salica, noch der väterliche Ansiedel sind als Stammverlassenschaft oder Familiengut im neueren Sinne zu betrachten. Hierzu konnte ein edelmännisches Besitzthum nur werden, indem dasselbe für unveräußerlich erklärt und ausgesprochen wurde, daß es zu Erhaltung des Stammes und Namens bis zu Abgang des Geschlechts bei diesem erhalten werden solle. Dadurch ward der gesammten männlichen Nachkommenschaft, nicht blos dem nächsten Erben ein Anrecht auf das betreffende Gut gesichert. Man hat eine solche Bestimmung, welche auf verbindliche Weise nach deutschem Recht nur durch Familienvertrag oder Familienherkommen erfolgen konnte [126]), nach Aufnahme des römischen Rechts mit dem Namen fideicommissum bezeichnet [127]), eine Bezeichnung, welche allerdings unrichtig wäre, wenn man darum auch die römischen Grundsätze über die Entstehung und Dauer des Fideicommisses darauf anwenden wollte, welche es aber nicht ist, wenn damit nur der Hauptgedanke ausgedrückt werden will, daß der jeweilige Besitzer verpflichtet ist, das Gut, wie es ihm geworden, wieder einem Andern zu hinterlassen [128]). Unrichtig wäre es dagegen, wenn man sich unter dem Inhaber, statt wie unter dem römischen Fidei-Commissar den rechtlichen Eigenthümer, einen bloßen Nutznießer oder einen Treuhänder (Depositar) im Sinne des deutschen Rechts, die Familie

---

126) Das heutige Recht s. bei Beseler Erbverträge II, 2. S. 42 f. 84 f.

127) S. namentlich Knipschild, de fideicommissis familiarum nobilium s. de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur tractatus. Argent. 1626.

128) Ein Stammgut im weitern Sinn, dessen Eigenthümlichkeit blos darin bestünde „daß die Töchter bei ihrer Verheirathung zum Besten der Söhne oder des Mannsstamms darauf verzichten müssen" (Eichhorn Einl. §. 367), welches aber von Todes wegen und unter

Digitized by Google

aber als Eigenthümerin dächte, was sie nicht sein kann [129]). Meines Erachtens sollte übrigens, um Verwechslungen vorzubeugen, der Name Stammgut vorgezogen und nicht von Fideicommiß=, sondern von Stammguts=Stiftern gesprochen werden, wenn anders diese auszumitteln sind, was bei einem althergebrachten Stammgut in der Regel nicht der Fall sein möchte. Mit der Idee einer Stammgutsstiftung hängt nun aber auf's Engste zusammen eine andere Vorstellung, welche erst von den Juristen des vorigen Jahrhunderts klar ausgesprochen worden und nun auch der Praxis so sehr eingelebt ist, daß es den neueren Bekämpfern derselben noch nicht gelungen ist, sie zu verdrängen. Ich meine die Idee einer successio ex pacto et providentia majorum, welche zwar zu manchen Irrthümern Veranlassung gegeben hat, aber darum nichtsdestoweniger das Wesen der Stammgutsfolge und der daraus für die Erbberechtigten hervorgehenden Ansprüche klar und wahr ausspricht. Ist nämlich die Quelle des Stammgutsrechts nichts anders als autonomische Beliebung, sei es in der einen oder andern Form, so verdanken in der That die Nachfolger ihren Eintritt nicht dem letzten Besitzer, sondern den Stammgutsstiftern [130]). Ebendarum stehen aber auch die Töchter von selbst gegen die sämmtlichen männlichen Nachfolger der Stifter zurück (indem nämlich jene im Verhältniß zu den Stiftern als Söhne in Betracht kommen), während von dem Ansidel, so wie von dem „Erbe" des Sachsenspiegels die Töchter nur ausgeschlossen waren durch die Söhne. Auch darin unterscheidet sich das Stamm=

---

Lebenden frei veräußert werden könnte, gibt es meines Wissens nicht. Die Beschränkung der Veräußerung von Erbgütern war nach den Rechtsbüchern bekanntlich allgemein und ist auch jetzt noch allgemeiner, als der Ausschluß der Töchter.

129) Von einem Gesammteigenthum der Familie spricht wieder Beseler a. a. O. S. 51. Ein Obereigenthum räumt den Anwärten ein das östreichische Gesetzbuch §. 630, ein Miteigenthum das bairische Edict von 1818, §. 42.

130) Der Grund, welcher gegen jene Idee geltend gemacht worden, daß durch die autonomischen Dispositionen weder ein Erbrecht gegeben noch genommen worden (Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 454), kann nach dem früher Angeführten nicht zugegeben werden.

Digitized by Google

gut von dem Ansidel, daß, während die Töchter auf diesen gar kein Recht hatten, den Stammgutsfolgern dagegen die Pflicht zu standesmäßiger Ausstattung der Töchter obliegt, und diese Ausstattung, als gleichfalls in der Vorsorge des Stifters begriffen, in der Eigenschaft einer Reallast auf dem Gute haftet.

Wenn wir nun aber die Stammgutsfolge von der Folge im gemeinen Erbe trennen und nothwendig trennen müssen, so ergibt sich daraus für die Lehre von den Erbverzichten der wichtige Unterschied, daß es dort eines Verzichts nicht bedarf, und wenn er gefordert wird, dieser blos die Erfüllung einer leeren Förmlichkeit zum Zwecke hat (uneigentlicher Verzicht), während hier der Verzicht allerdings von thatsächlicher Bedeutung ist. Für den Verzicht in dieser letztern und eigentlichen Beziehung, das heißt für den Verzicht auf die gemeine Erbschaft (eigentlichen Verzicht) sind wir nun aber genöthigt, erst einen leitenden Rechtsgrund aufzusuchen und zwar einen Rechtsgrund, der von dem des uneigentlichen Erbverzichts verschieden ist. Eine Nothwendigkeit, auch auf das gemeine Erbe zu verzichten, hat uns die Geschichte der Erbverzichte nicht gezeigt, wohl aber ein Erbrecht der Töchter, und da kein Berechtigter in der Regel genöthigt ist, seinem Rechte zu entsagen, so erscheint der Verzicht in dieser Ausdehnung, in welcher er am häufigsten vorkommt, als Sache freier Beliebung (res merae facultatis). Daher erklärt sich, daß, ein so guter Grund auch vorhanden war, für den einen Verzichtsgegenstand, das Stammerbe, die Unfreiwilligkeit des Verzichts zu behaupten, doch wegen der regelmäßigen Beimischung des anderen die Ansicht von Freiwilligkeit desselben praktisch überwog und auch hinter den Gründen und Vorkehrungen für die erstere Ansicht nicht undeutlich durchschimmerte.

Die neueren Staatsgesetzgebungen gehen nun auch davon aus, daß die weibliche Nachkommenschaft von den Stamm- oder Fideicommißgütern von selbst ausgeschlossen sei [131]), ja zum Theil in der Ausdehnung, daß nach Erlöschung des Mannsstamms auch in den sofort berechtigten weiblichen Linien die männliche Geschlechtsfolge wieder eintreten solle [132]). Der Verzicht auf das Stammgut ist

---

131) Preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 4. §. 189.

132) Oestr. Gesetzbuch §. 626. Nach preuß. Landrecht a. a. O. §. 190. nur, wenn das Fideicommiß als ein subsidiär-kognatisches vom

hiernach nicht nothwendig zu Begründung des Ausschlusses; der Verzicht auf die übrige Erbschaft des Vaters, der Mutter u. s. w. aber steht unter der allgemeinen Regel der Erbverträge [133]), ist also freiwillig und keine erzwingbare Handlung. Jene neueren Gesetze bestätigen also den Unterschied, welchen wir oben gemacht haben.

Nach allem Bisherigen glaube ich meine Ansicht über das Erbrecht der adelichen Töchter, so wie über den Umfang und die Bedeutung der Töchter-Verzichte im Allgemeinen dahin abgeben zu können:

1) Die adelichen Töchter sind in der Regel nur von der Nachfolge im Stammgute ausgeschlossen; dieser Ausschluß folgt aus dem Begriff des Stammguts von selbst und findet statt, auch ohne vorausgegangenen Verzicht, und zwar nicht blos zum Besten der Brüder, sondern auch der übrigen Verwandten vom Mannsstamm (der sogenannten Agnaten oder Stammvetter), soweit solche von den Stiftern des Stammguts abstammen oder in der Stiftung ausdrücklich bedacht sind. Die Stammgutseigenschaft kann aber aus dem Vorkommen von Töchter-Verzichten allein nicht geschlossen werden [134]). Ist es zweifelhaft, ob die Güter, um deren Beerbung es sich handelt, zu den Stammgütern gehören, so spricht die Vermuthung gegen die Stammgutseigenschaft [135]). Von dem übrigen väterlichen oder brüderlichen Erbe, so wie von der mütterlichen und schwesterlichen Erbschaft sind die adelichen Töchter nur ausgeschlossen, sofern verbindliche Familiengesetze ihnen im Wege stehen oder sie darauf besonders verzichtet haben. Dieser Ausschluß findet aber

---

Stifter erklärt ist, ohne eine besondere Successionsordnung für die kognatische Folge vorgeschrieben zu haben.

133) Obgleich nach dem östr. Gesetzbuch §. 602 Erbverträge blos unter den Ehegatten gültig seyn sollen, wird doch der Erbverzicht allgemein gestattet, das. §. 551. Das preuß. Landrecht I, 12. §. 650 gestattet zwar Erbverzichte zu Gunsten eines Dritten nur alsdann, wenn der Erblasser dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitritt. Doch findet diese Vorschrift auf Familienverträge, welche sonst gültig geschlossen sind, keine Anwendung. Das. §. 655.

134) S. oben S. 296. v. Salza und Lichtenau von Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen §. 16.

135) Kerner, reichsritterschaftliches Landrecht S. 96.

mal festgesetzt worden wäre, lag nicht vor, sondern nur einzelne letztwillige Verordnungen und Theilungsverträge, wodurch über die in Betracht kommende einzelne Verlassenschaft Verfügung getroffen wurde. Hieher gehörte namentlich:

1) eine Anzahl von Urkunden über die Allodial-Erbschaft eines im Jahre 1535 gestorbenen Caspar von Weiler, wonach die Allodien mit den Lehen von Württemberg eingezogen, nachher aber an die Schwesterkinder des Verstorbenen als nächstgesippte Freunde herausgegeben wurden.

2) Testament Dietrichs v. Weiler von 1602, worin bestimmt ist: den Töchtern des Erblassers solle von den Söhnen ein Heirathgut gegeben werden nicht unter 1000 fl., den unverehelichten jährlich der Zins hievon, damit sie nicht von den Brüdern als Dienstmägde behandelt werden. Daß sie damit statt aller Erbschaft abgefertigt werden sollen, steht nicht in der Verfügung; nur wird, wie natürlich, vorausgesetzt, daß die Söhne im Lehen folgen, und daraus ihre Schwestern ausstatten. Uebrigens war bei 6 Töchtern, welche der Erblasser neben 6 Söhnen hinterließ, ein Heirathgut von je 1000 fl. eine anständige Abfertigung auch von der Erbschaft. Die Wittwe Dietrichs hinterließ eine besondere Verordnung vom Jahr 1608, worin sie ihre Söhne zu Erben einsetzte, hinsichtlich der Töchter die Anordnungen ihres Vaters bestätigt und beifügte, daß, so lange sie ledig (d. h. unverheirathet) ihnen von ihren Brüdern des Verzichts wegen nichts zugemuthet werden solle.

3) Ein Vergleich von 1617 zwischen den Söhnen des ebengenannten Herrn v. Weiler. Diese theilten unter sich nicht blos, wie es scheint, die Erbschaft ihres Vaters Dietrich v. Weiler, sondern auch die ihres Oheims Burkhard v. Weiler, welcher ohne Hinterlassung von Nachkommen gestorben war. Der Fall scheint also hier ein ähnlicher zu sein, wie der Nro. 1 bemerkte, nur daß dießmal die weiblichen Verwandten (die Töchter) nicht erbten, sondern von ihren Brüdern ausgeschlossen wurden. Daher ward auch hierauf beklagter Seits ein großer Werth gelegt, zumal, weil auf die Erbschaft des Oheims von den zuvor verheiratheten Nichten nicht ausdrücklich verzichtet worden war. Indessen scheint die Erbschaft des Oheims erst dann Gegenstand der Theilung geworden zu seyn, nachdem dieselbe bereits von dem Vater angetreten worden. Sie

Digitized by Google

nahm also die Natur der väterlichen Erbschaft an, und folgte mit dieser den Söhnen, da die Töchter verzichteten. Wegen der Erbverzichte war nur bestimmt: „Inmaßen denn auch der Verzug der dreyen (unausgestatteten) Schwestern befördert werden solle." In einer andern Beziehung dagegen ist dieser Vergleich merkwürdig. Es ist nämlich darin bestimmt, daß die eigenthümlichen Güter bei dem adelichen Geschlecht deren von Weiler verbleiben und ohne Vorwissen und Einwilligung der Gebrüder nicht verändert, oder versetzt, sondern bei und unter ihnen als Lehengüter geachtet werden sollen. Hierin lag die erste Stammgutsstiftung, aber wohl bemerkt, nur für die damaligen Güter; auf den Eintritt in diese konnten also die Töchter, so lange noch Mannsstamm vorhanden, keinen Anspruch machen; ebensowenig bedurfte es eines Verzichts auf dieselben von Seite der weiblichen Nachkommen der vertragenden Söhne.

4) Inventur und Theilung von 1633. Beklagter Seits ward diese Theilung darum für besonders wichtig gehalten, weil daraus hervorgehen sollte, daß die Töchter auch ohne ausdrücklichen Verzicht von der schwesterlichen Erbschaft ausgeschlossen seien. Allein, genauer betrachtet, war dieß nicht der Fall: denn die Schwestern wurden von dem Erbe nur aus dem Grund ausgeschlossen, weil ihr Bruder Weiland Junker Wolfgang den Tod der Erblasserin noch erlebt, und diese ein Testament hinterlassen hatte, kraft dessen jener mit den Brüdern sich in die Erbschaft theilen sollte.

5) Vergleich von 1702 zwischen Friedrich und Dietrich v. Weiler. Hier erbietet sich Dietrich v. Weiler für den Fall, daß sein Bruder Friedrich ohne männliche Erben abgienge, und somit die Güter und Gefälle auf seine Linie fallen sollten, jeder Tochter desselben bei ihrer Verheirathung statt der sumptuum nuptialium 150 fl. zu einem Hochzeitkleid oder Kleinod zu geben. Beklagter berief sich hierauf, um zu beweisen, daß jedenfalls der gesammte Gutsbesitz ohne Ersatz der Aufbesserungen auf die Stammvettern übergegangen. Allein daß Wittwe und Töchter Erben im Allod seien, ward ausdrücklich anerkannt; daß aber die Immobilien nicht hierunter begriffen wurden, hat seinen Grund darin, weil es sich nur von solchen Gütern handelte, welche theils württembergische und hanauische Lehen, theils Stammgüter waren. Auf die gemachte „Meliorations-Prätension" ward allerdings für jetzt und künftig verzichtet; allein daß überhaupt von einer solchen Forderung gegen den Stammgutsfolger die Rede



Digitized by Google

sein konnte, beweist nur wieder, daß die Lehen- und Stammguts-folge von der gemeinen Erbfolge getrennt, und daß die Töchter Friederich's von der letzteren gegenüber von ihrem Oheim nicht ausgeschlossen waren. Dieser Vergleich ist um so wichtiger, als er unter Vermittlung einer kaiserlichen Commission (in der Person des Herzogs Friedrich August von Württemberg-Neustadt) abgeschlossen und von dem herzoglichen Lehenrath zu Stuttgart bestätigt worden war.

6) Theilung über das Vermögen des Freiherrn Johann Friederich v. Weiler von 1744. Auch hier ist nur von dem väterlichen Vermögen die Rede; und zwar wurde es von dem Vormund der drei Töchter mit Einwilligung ihres Bruders Friederich für gut und rathsam gehalten, nach der alten Observanz des Weilerschen Hauses einem jeden Fräulein 1000 fl. zu Heirathgut und 400 fl. zur Ausfertigung zu setzen, und inzwischen bis zur Verheirathung jeder 50 fl. Kost- und 25 fl. Kleidergeld zu geben. Daß das Allod nicht ausschließlich dem Mannsstamme vorbehalten war, gieng auch hervor aus einem Theilungsvertrag von 1762, wornach die Wittwe des Freiherrn Ludwig von Weiler zu Weiler vermöge Testaments Universalerbin des Allods geworden war. Der Umstand, daß dieses Allod dazumalen nicht in liegenden Gütern, sondern blos in fahrender Habe bestanden, ändert an dem Grundsatze nichts.

7) Einen weiteren Beleg für die Behauptung, daß selbst bei entfernterer Sippe (als Geschwistern) wenigstens das allodiale Immobiliar-Verlaßthum an die Lehensfolger übergegangen, war beklagter Seits in einem Theilungs-Receß von 1759 gefunden worden, wornach bei dem Tode des Ritterraths Dietrich v. Weiler, dessen Güter, Renten und Gefälle zwischen den Agnaten, Freiherrn Ludwig, Friederich und Eberhard getheilt worden, obgleich von dem Bruder Burkhard Dietrich drei Töchter vorhanden gewesen. Daß hierunter auch Allodien begriffen, sollte daraus hervorgehen, daß es an der Stelle, wo von Abtretung der Succession von Seite Ludwigs v. Weiler an seine Neffen die Rede sei, Lehensfolge und Erbschaft zugleich als Object angegeben worden. Allein, worin die Verlassenschaft Dietrichs überhaupt bestanden, und wie sie getheilt worden, gieng aus dem Recesse nicht hervor, sondern nur, daß der Antheil an dem Gut Maienfels Gegenstand des Vergleichs war und andererseits solche Lasten, welche als dem Gutsbesitz anhängig betrach-

Digitized by Google

tet wurden. Unter Erbfolge im Gegensatz zur Lehensfolge kann aber ebensowohl die Stammgutsfolge als die gemeine Erbfolge verstanden sein.

8) Vertrag vom 4. Dezbr. 1778. In diesem Vertrag, welchen gleichfalls der Beklagte beigebracht hatte, wird gleich im Eingange gesagt, daß die gesammte Verlassenschaft des Freiherrn Eberhard Casimir von Weiler auf Lichtenberg auf dessen nächsten und alleinigen Agnaten, den Herrn Ritterrath von Weiler (Großvater der Klägerin) gekommen, das sämmtliche Allodialvermögen hingegen auf des Herrn Erblassers hinterbliebene einzige, noch minderjährige Tochter Louise Fräulein von Weiler. Wenn gleich auch sie keine Güter bekam, so war der Grund hievon nur der, weil einzig das Stammgut, und auch dieses in schlechtem Stande, hinterlassen wurde. Dagegen wurden der Tochter als väterliche Erbschaft zugeschieden die Mobilien und Activen, Kleider, Rüstung und Gewehr, desgleichen alle laufenden Einkünfte von den Stamm- und Lehengütern. Außerdem verpflichtete sich der Stammvater statt des sonstigen Heirathguts von 1000 fl. und 300 bis 400 fl. Ausfertigung der Erbtochter zusammen an Heirathgut und Aussteuer 2000 fl. zu geben, wogegen sie nach adelichem Gebrauch auf weitere Ansprüche an den freiherrlich von Weilerschen Mannsstamm (d. h. die Lehen- und Stammgüter) feierlich zu verzichten verbunden sein solle.

9) Erbvertrag vom 15. Juli 1799. Sehr wahr und bezeichnend lautet der Eingang dieses Vertrags:

> Demnach wir unterzeichneten Geschwister durch die traurige Erfahrung belehrt sind, wie wenig fest und wie schwankend vielmehr die Grundsätze sind, welche in Hinsicht auf die Erbfolge adelicher Töchter in die Verlassenschaft ihres Vaters mit und neben ihren Brüdern und Neffen Platz greifen &c.

Auch die von der Tochter des Erblassers ertheilte Einwilligung, daß außer den Lehen-, Stamm- oder Fideicommißgütern auch die eigenthümlichen liegenden Gründe und Gebäude ihres Vaters, und selbst die Mobiliarverlassenschaft desselben, ihrem Bruder zufallen sollen, beweist nicht gegen, vielmehr für ihr gesetzliches Erbrecht; denn dieß war lediglich ein freiwilliger und zwar lästiger Verzicht (der jährliche Unterhalt und das Heirathgut wurden namhaft er-

Digitized by Google

höht), wie auch aus der Bestimmung hervorgeht, welche nicht mit dem üblichen Vorbehalt auf ledigen Anfall zu verwechseln ist:

> Da ich die paciscirende Schwester vorzüglich die Erhaltung und Befestigung des Wohlstandes und Glanzes des freiherrlich von Weilerschen Mannsstamms bei diesem Erbfolgevertrag zur Absicht habe, so behalte ich mir auf den, zwar sehr unwahrscheinlichen, aber doch immer möglichen Fall, daß eine unglückliche Revolution alle adeliche Verhältnisse auflösen sollte, meine volle Erbrechte auf die väterliche Verlassenschaft ausdrücklich vor, und will auf den gedachten Fall nicht an diesen Erbfolgevertrag gebunden sein.

Auf die späteren Vorgänge konnte in dem bezeichneten Falle darum kein Gewicht gelegt werden, weil durch königliche Verordnung vom 22. April 1808 die landrechtlichen Erbfolge-Bestimmungen auf die der Souveränität jetzt unterworfenen fürstlichen, gräflichen und ritterschaftlichen Familien ausgedehnt wurden [125]), wiewohl der Adel auch in der Zwischenzeit bis zur Wiederherstellung der Fideicommisse im Jahr 1817 sich mehrentheils freiwillig an das alte Familienrecht gehalten, und dadurch die Stammgüter großentheils gerettet hat.

Betrachten wir nun alle angeführten Handlungen, wie sie sich nach und nach in einer bestimmten Familie zugetragen haben, so kann darüber kein Zweifel sein, daß dadurch ein von dem Adelsrechte in Deutschland, insbesondere dem vormaligen reichsritterschaftlichen Privatrechte, abweichendes Familienherkommen sich nicht gebildet hat, und daß als entschieden nur betrachtet werden kann der Ausschluß der Töchter von den Lehen- und Stammgütern des Hauses und zwar zu Gunsten des gesammten Mannsstamms; wogegen zu jeder weiteren Zurücksetzung in der freieigenthümlichen Verlassenschaft, sei es des Vaters oder der Mutter, der Brüder oder Schwestern, ein besonderer Verzicht erforderlich war.

## §. 6. Ergebniß der Untersuchung. Rechtsgrund des Verzichts. Folgen daraus.

Wir haben bisher das Erbrecht der adelichen Töchter und die Bedeutung ihrer Verzichte von verschiedenen Ausgangspuncten un-

125) S. mein württemb. Privatrecht §. 47.

tersucht, und werden nun im Stande sein, die Lehrsätze, welche wir bisher im Einzelnen nachgewiesen haben, in ihrem Zusammenhang zu betrachten und unter einen leitenden Grundsatz zu bringen.

Die Ansicht der Aelteren, daß ein wahres Erbrecht den Töchterverzichten nicht zu Grunde liege, diese vielmehr Scheinverzichte seien, hat sich auch im Laufe unserer Ausführung als unrichtig erwiesen. Wir sind vielmehr zu dem entgegengesetzten Ergebniß gelangt: daß die Töchter nach dem gemeinen, auch für den Adel wirksamen, deutschen Recht spätestens im 14. Jahrhundert ein gleiches Erbrecht mit den Söhnen hatten, und daß die Verzichte, welche seit dieser Zeit häufiger vorkommen, gerade dazu dienen sollten, dieses Recht in den einzelnen Fällen aufzuheben. Nur in den Stammgütern — in den Lehen trat ohnedieß eine eigenthümliche Folge ein, welche auf einem andern Prinzipe beruhte — waren die Töchter schon von Rechts wegen ausgeschlossen. Das Stammgutsrecht war aber zu der Zeit, da die Verzichte häufiger wurden, selbst erst in seiner Entwicklung begriffen, und die Verzichte mußten mit zu dieser Entwicklung beitragen; kein Wunder also, daß die Verzichte auf das Stammgut mit erstreckt wurden, ja zur Erhaltung und Vermehrung des Stammguts wesentlich beitrugen. Dessen ungeachtet wird man nicht sagen können, der Verzicht sei Grund des Ausschlusses der Töchter vom Stammgut, als solchem, gewesen; vielmehr scheint der Grundsatz von dem nothwendigen d. h. unfreiwilligen Verzicht und der ipso jure Renunciation, worüber früher so viel Streit war, weil man zwischen dem Stammgut und übrigen Vermögen nicht unterschied, gerade auf das Stammgut bezogen werden zu müssen. Worauf beruhte nun aber der Ausschluß der Töchter vom Stammgute und ebendamit die Nothwendigkeit ihres Verzichts auf dasselbe?

Ich bin genöthigt, hier an das Recht des früheren Mittelalters zu erinnern, wo der Mannsstamm mehr begünstigt war, als in dem Rechte des 13. und 14. Jahrhunderts, namentlich an die Bestimmungen des fränkischen Rechts über die terra salica, worauf der ganze Mannsstamm, an den „Ansidel" des Schwabenspiegels, worauf der Sohn ein Vorrecht hatte. Wie wir schon früher bemerkten, läßt sich zwar hierauf unmittelbar das spätere Adelsrecht nicht gründen; aber erklären läßt sich daraus das Bestreben des Adels, den Vorzug des Mannsstamms, wenigstens in Hinsicht auf

Digitized by Google

gewisse Güter, die durch die Gunst des früheren Rechts i
Familie geblieben waren, aufrecht zu erhalten. Die unmit
Grundlage jenes Vorzugs waren jetzt Familiengesetze und Fa
herkommen, also dieselben Quellen, worauf noch jetzt das
thümliche Familienrecht des hohen und niedern Adels beruht.
sonders muß dieses gesagt werden von der besonderen Folge in
adelichen Stammgüter, welche dem älteren Rechte unbekannt wa
denn weder die terra salica, noch der väterliche Ansiedel sind
Stammverlassenschaft oder Familiengut im neueren Sinne zu
trachten. Hierzu konnte ein edelmännisches Besitzthum nur wer
indem dasselbe für unveräußerlich erklärt und ausgesprochen wur
daß es zu Erhaltung des Stammes und Namens bis zu Abga
des Geschlechts bei diesem erhalten werden solle. Dadurch ward d
gesammten männlichen Nachkommenschaft, nicht blos dem nächste
Erben ein Anrecht auf das betreffende Gut gesichert. Man hat eine
solche Bestimmung, welche auf verbindliche Weise nach deutschem
Recht nur durch Familienvertrag oder Familienherkommen erfolgen
konnte [126]), nach Aufnahme des römischen Rechts mit dem Namen
fideicommissum bezeichnet [127]), eine Bezeichnung, welche allerdings
unrichtig wäre, wenn man darum auch die römischen Grundsätze
über die Entstehung und Dauer des Fideicommisses darauf anwenden wollte, welche es aber nicht ist, wenn damit nur der Hauptgedanke ausgedrückt werden will, daß der jeweilige Besitzer verpflichtet ist, das Gut, wie es ihm geworden, wieder einem Andern zu hinterlassen [128]). Unrichtig wäre es dagegen, wenn man sich unter dem Inhaber, statt wie unter dem römischen Fidei-Commissar den rechtlichen Eigenthümer, einen bloßen Nutznießer oder einen Treuhänder (Depositar) im Sinne des deutschen Rechts, die Familie

126) Das heutige Recht s. bei Beseler Erbverträge II, 2. S. 42 f. 84 f.

127) S. namentlich Knipschild, de fideicommissis familiarum nobilium s. de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur tractatus. Argent. 1626.

128) Ein Stammgut im weitern Sinn, dessen Eigenthümlichkeit blos darin bestünde „daß die Töchter bei ihrer Verheirathung zum Besten der Söhne oder des Mannsstamms darauf verzichten müssen" (Eichhorn Einl. §. 367), welches aber von Todes wegen und unter

Digitized by Google

aber als Eigenthümerin dächte, was sie nicht sein kann [129]). Meines Erachtens sollte übrigens, um Verwechslungen vorzubeugen, der Name Stammgut vorgezogen und nicht von Fideicommiß-, sondern von Stammguts-Stiftern gesprochen werden, wenn anders diese auszumitteln sind, was bei einem althergebrachten Stammgut in der Regel nicht der Fall sein möchte. Mit der Idee einer Stammgutsstiftung hängt nun aber auf's Engste zusammen eine andere Vorstellung, welche erst von den Juristen des vorigen Jahrhunderts klar ausgesprochen worden und nun auch der Praxis so sehr eingelebt ist, daß es den neueren Bekämpfern derselben noch nicht gelungen ist, sie zu verdrängen. Ich meine die Idee einer successio ex pacto et providentia majorum, welche zwar zu manchen Irrthümern Veranlassung gegeben hat, aber darum nichtsdestoweniger das Wesen der Stammgutsfolge und der daraus für die Erbberechtigten hervorgehenden Ansprüche klar und wahr ausspricht. Ist nämlich die Quelle des Stammgutsrechts nichts anders als autonomische Beliebung, sei es in der einen oder andern Form, so verdanken in der That die Nachfolger ihren Eintritt nicht dem letzten Besitzer, sondern den Stammgutsstiftern [130]). Ebendarum stehen aber auch die Töchter von selbst gegen die sämmtlichen männlichen Nachfolger der Stifter zurück (indem nämlich jene im Verhältniß zu den Stiftern als Söhne in Betracht kommen), während von dem Ansidel, so wie von dem „Erbe" des Sachsenspiegels die Töchter nur ausgeschlossen waren durch die Söhne. Auch darin unterscheidet sich das Stamm-

---

Lebenden frei veräußert werden könnte, gibt es meines Wissens nicht. Die Beschränkung der Veräußerung von Erbgütern war nach den Rechtsbüchern bekanntlich allgemein und ist auch jetzt noch allgemeiner, als der Ausschluß der Töchter.

129) Von einem Gesammteigenthum der Familie spricht wieder Beseler a. a. O. S. 51. Ein Obereigenthum räumt den Anwärten ein das östreichische Gesetzbuch §. 630, ein Miteigenthum das bairische Edict von 1818, §. 42.

130) Der Grund, welcher gegen jene Idee geltend gemacht worden, daß durch die autonomischen Dispositionen weder ein Erbrecht gegeben noch genommen worden (Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 454), kann nach dem früher Angeführten nicht zugegeben werden.

Digitized by Google

gut von dem Ansidel, daß, während die Töchter auf diesen gar kein Recht hatten, den Stammgutsfolgern dagegen die Pflicht zu standesmäßiger Ausstattung der Töchter obliegt, und diese Ausstattung, als gleichfalls in der Vorsorge des Stifters begriffen, in der Eigenschaft einer Reallast auf dem Gute haftet.

Wenn wir nun aber die Stammgutsfolge von der Folge im gemeinen Erbe trennen und nothwendig trennen müssen, so ergibt sich daraus für die Lehre von den Erbverzichten der wichtige Unterschied, daß es dort eines Verzichts nicht bedarf, und wenn er gefordert wird, dieser blos die Erfüllung einer leeren Förmlichkeit zum Zwecke hat (uneigentlicher Verzicht), während hier der Verzicht allerdings von thatsächlicher Bedeutung ist. Für den Verzicht in dieser letztern und eigentlichen Beziehung, das heißt für den Verzicht auf die gemeine Erbschaft (eigentlichen Verzicht) sind wir nun aber genöthigt, erst einen leitenden Rechtsgrund aufzusuchen und zwar einen Rechtsgrund, der von dem des uneigentlichen Erbverzichts verschieden ist. Eine Nothwendigkeit, auch auf das gemeine Erbe zu verzichten, hat uns die Geschichte der Erbverzichte nicht gezeigt, wohl aber ein Erbrecht der Töchter, und da kein Berechtigter in der Regel genöthigt ist, seinem Rechte zu entsagen, so erscheint der Verzicht in dieser Ausdehnung, in welcher er am häufigsten vorkommt, als Sache freier Beliebung (res merae facultatis). Daher erklärt sich, daß, ein so guter Grund auch vorhanden war, für den einen Verzichtsgegenstand, das Stammerbe, die Unfreiwilligkeit des Verzichts zu behaupten, doch wegen der regelmäßigen Beimischung des anderen die Ansicht von Freiwilligkeit desselben praktisch überwog und auch hinter den Gründen und Vorkehrungen für die erstere Ansicht nicht undeutlich durchschimmerte.

Die neueren Staatsgesetzgebungen gehen nun auch davon aus, daß die weibliche Nachkommenschaft von den Stamm- oder Fideicommißgütern von selbst ausgeschlossen sei [131]), ja zum Theil in der Ausdehnung, daß nach Erlöschung des Mannsstamms auch in den sofort berechtigten weiblichen Linien die männliche Geschlechtsfolge wieder eintreten solle [132]). Der Verzicht auf das Stammgut ist

131) Preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 4. §. 189.

132) Oestr. Gesetzbuch §. 626. Nach preuß. Landrecht a. a. O. §. 190. nur, wenn das Fideicommiß als ein subsidiär-kognatisches vom

Digitized by Google

hiernach nicht nothwendig zu Begründung des Ausschlusses; der Verzicht auf die übrige Erbschaft des Vaters, der Mutter u. s. w. aber steht unter der allgemeinen Regel der Erbverträge [133]), ist also freiwillig und keine erzwingbare Handlung. Jene neueren Gesetze bestätigen also den Unterschied, welchen wir oben gemacht haben.

Nach allem Bisherigen glaube ich meine Ansicht über das Erbrecht der adelichen Töchter, so wie über den Umfang und die Bedeutung der Töchter-Verzichte im Allgemeinen dahin abgeben zu können:

1) Die adelichen Töchter sind in der Regel nur von der Nachfolge im Stammgute ausgeschlossen; dieser Ausschluß folgt aus dem Begriff des Stammguts von selbst und findet statt, auch ohne vorausgegangenen Verzicht, und zwar nicht blos zum Besten der Brüder, sondern auch der übrigen Verwandten vom Mannsstamm (der sogenannten Agnaten oder Stammvetter), soweit solche von den Stiftern des Stammguts abstammen oder in der Stiftung ausdrücklich bedacht sind. Die Stammgutseigenschaft kann aber aus dem Vorkommen von Töchter-Verzichten allein nicht geschlossen werden [134]). Ist es zweifelhaft, ob die Güter, um deren Beerbung es sich handelt, zu den Stammgütern gehören, so spricht die Vermuthung gegen die Stammgutseigenschaft [135]). Von dem übrigen väterlichen oder brüderlichen Erbe, so wie von der mütterlichen und schwesterlichen Erbschaft sind die adelichen Töchter nur ausgeschlossen, sofern verbindliche Familiengesetze ihnen im Wege stehen oder sie darauf besonders verzichtet haben. Dieser Ausschluß findet aber

---

Stifter erklärt ist, ohne eine besondere Successionsordnung für die kognatische Folge vorgeschrieben zu haben.

133) Obgleich nach dem östr. Gesetzbuch §. 602 Erbverträge blos unter den Ehegatten gültig seyn sollen, wird doch der Erbverzicht allgemein gestattet, das. §. 551. Das preuß. Landrecht I, 12. §. 650 gestattet zwar Erbverzichte zu Gunsten eines Dritten nur alsdann, wenn der Erblasser dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitritt. Doch findet diese Vorschrift auf Familienverträge, welche sonst gültig geschlossen sind, keine Anwendung. Das. §. 655.

134) S. oben S. 296. v. Salza und Lichtenau von Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen §. 16.

135) Kerner, reichsritterschaftliches Landrecht S. 96.

Digitized by Google

im Zweifel nur Statt zu Gunsten der Brüder und Brude[r]söhne, nicht auch der entfernteren Mannsverwandten.

2) Die Töchter-Verzichte setzen im Zweifel ein anerkann[tes] Erbrecht voraus, wie andere Erbverzichte, sind also freiwill[ige] und eigentliche Verzichte. Daher kann eine Tochter, welche [ver]verzichtet hat, in der Regel nur von dem Stammgute, nicht a[ber] von der gemeinen Erbschaft ausgeschlossen werden. Daraus fol[gt] weiter, daß die Töchter-Verzichte, wie die Rechtslehrer sich aus[]drücken, strictissimi juris sind, das heißt, wörtlich erklärt werden müssen. Es darf also nicht von dem Verzicht auf ein Erbe au[f] das Aufgeben eines andern (de re ad rem) geschlossen werden; wie denn z. B. daraus, daß auf väterliche und mütterliche Erbschaft verzichtet worden, noch nicht folgt, daß auch die brüderliche Erbschaft, oder gar die des Oheims, inbegriffen sei[136]). Hat jedoch eine Tochter im Allgemeinen auf väterliche Erbschaft Verzicht gethan, so ist darunter im Zweifel die ganze Erbschaft und zwar vorzugsweise die fahrende Habe und das neu erworbene Gut, worauf die Tochter ein Erbrecht hatte, zu verstehen. Ebenso ist unter dem Verzicht auf „Lehen und Erbe" im Zweifel die bewegliche Verlassenschaft mitbegriffen[137]). Aus der bloßen Verzichtsgewohnheit kann die Nothwendigkeit des Verzichts, das heißt die Verbindlichkeit der Töchter, sich mit einer standesmäßigen Ausstattung zu begnügen, nicht geschlossen werden. Dagegen möchte die Thunlichkeit, durch ein Familiengesetz diese Verbindlichkeit festzusetzen, nicht mit Eichhorn[138]) auf den hohen Adel zu beschränken, sondern auch auf den vormals reichsritterschaftlichen Adel zu erstrecken sein, sofern dieser dem ersteren durch den Art. 14 der Bundesacte hinsichtlich des Rechts der Selbstsetzung (Autonomie) im Wesentlichen gleichgestellt ist.

3) Zweck des Erbverzichts ist der Regel nach die Erhaltung

---

136) S. Tübinger Consilium in Betreff eines Falls aus Franken bei Schilter tract. praec. tom. II. p. 250 und die dort Angeführten; ferner: Cramer opusc. tom. III. §. 101. Nro. 4. §. 102. Desselben observat. jur. univers. tom. I. obs. 23. §. 2. p. 63.

137) Anderer Ansicht J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 159. Nro. 25.

138) Einleitung in das Privatrecht §. 349.

Digitized by Google

und Emporbringung des adelichen Stammes und Namens. Es liegt also demselben im Zweifel eine Freigebigkeit von Seite der Verzichtenden und zwar eine Schenkung zu einem bestimmten Zwecke (donatio sub modo) zu Grunde, daher das Geschäft nicht aus dem Grunde der Verletzung über die Hälfte oder wegen Verletzung des Pflichttheils angegriffen werden kann. Daraus folgt aber nicht, daß der Verzicht auch zu Gunsten entfernterer Mannsverwandten, als welche darin genannt sind, zu deuten ist: denn nicht nur kann jener Zweck, wie jeder andere modus (sunt certi denique fines) seine Grenzen haben, sondern es ist auch bekannten Rechtens, daß die Liberalität einer Handlung über die Bestimmung des Handelnden nicht ausgedehnt werden darf. Man wird vielmehr unterscheiden müssen: worauf verzichtet worden? Ist der Gegenstand des Verzichts das Stammgut, so folgt schon aus der Natur dieses Guts, daß die Töchter von der Folge durch die Nachkommen vom Mannsstamme überhaupt oder in gewissen Linien, bei welchen sich das Stammgut gebildet hat, ausgeschlossen sind. Sollte daher der Verzicht auch blos zu Gunsten der Brüder lauten, so würde dieß der Stammgutsfolge der übrigen Mannsverwandten keinen Eintrag thun. Geht dagegen der Verzicht auf das gemeine Erbe, so ist im Zweifel anzunehmen, daß derselbe blos das Beste des Mannsstamms in den Linien der Brüder bezwecke.

4) Die Wirkung des Verzichts ist im Zweifel der gänzliche Verlust des zuständigen Erbrechts, so daß die Verzichtende aus dem Grunde der gesetzlichen Erbfolge an die betreffende Verlassenschaft keinen Anspruch machen kann, aber auch zu einer Einwerfung des Erhaltenen gegen die wirklichen Erben nicht verpflichtet ist. Der Anfall durch letzten Willen oder Erbvertrag ist dadurch nicht ausgeschlossen. Ebenso steht es zu der Verzichtenden, ihre Entsagung an eine Bedingung zu knüpfen, welche aber nur dann wirksam ist, wenn das Erbrecht in Wahrheit zuständig war, also nicht auch bei dem Verzicht auf das Stammgut, worauf die Tochter ohnedieß kein Recht hatte.

Damit hängt zusammen der Vorbehalt des Erbrechts „auf ledigen Anfall", welcher auf den ersten Anblick nichts Anderes zu sein scheint, als eine auflösende Bedingung, beigefügt für den Fall des Aussterbens desjenigen Zweigs der Familie, zu dessen Gunsten verzichtet worden. Dieser Fall wird darum lediger Anfall genannt,

sein konnte, beweist nur wieder, daß die Lehen- und Stammgutsfolge von der gemeinen Erbfolge getrennt, und daß die Töchter Friederich's von der letzteren gegenüber von ihrem Oheim nicht ausgeschlossen waren. Dieser Vergleich ist um so wichtiger, als er unter Vermittlung einer kaiserlichen Commission (in der Person des Herzogs Friedrich August von Württemberg-Neustadt) abgeschlossen und von dem herzoglichen Lehenrath zu Stuttgart bestätigt worden war.

6) Theilung über das Vermögen des Freiherrn Johann Friederich v. Weiler von 1744. Auch hier ist nur von dem väterlichen Vermögen die Rede; und zwar wurde es von dem Vormund der drei Töchter mit Einwilligung ihres Bruders Friederich für gut und rathsam gehalten, nach der alten Observanz des Weilerschen Hauses einem jeden Fräulein 1000 fl. zu Heirathgut und 400 fl. zur Ausfertigung zu setzen, und inzwischen bis zur Verheirathung jeder 50 fl. Kost- und 25 fl. Kleidergeld zu geben. Daß das Allod nicht ausschließlich dem Mannsstamme vorbehalten war, gieng auch hervor aus einem Theilungsvertrag von 1762, wornach die Wittwe des Freiherrn Ludwig von Weiler zu Weiler vermöge Testaments Universalerbin des Allods geworden war. Der Umstand, daß dieses Allod dazumalen nicht in liegenden Gütern, sondern blos in fahrender Habe bestanden, ändert an dem Grundsatze nichts.

7) Einen weiteren Beleg für die Behauptung, daß selbst bei entfernterer Sippe (als Geschwistern) wenigstens das allodiale Immobiliar-Verlaßthum an die Lehensfolger übergegangen, war beklagter Seits in einem Theilungs-Receß von 1759 gefunden worden, wornach bei dem Tode des Ritterraths Dietrich v. Weiler, dessen Güter, Renten und Gefälle zwischen den Agnaten, Freiherrn Ludwig, Friederich und Eberhard getheilt worden, obgleich von dem Bruder Burkhard Dietrich drei Töchter vorhanden gewesen. Daß hierunter auch Allodien begriffen, sollte daraus hervorgehen, daß es an der Stelle, wo von Abtretung der Succession von Seite Ludwigs v. Weiler an seine Neffen die Rede sei, Lehensfolge und Erbschaft zugleich als Object angegeben worden. Allein, worin die Verlassenschaft Dietrichs überhaupt bestanden, und wie sie getheilt worden, gieng aus dem Recesse nicht hervor, sondern nur, daß der Antheil an dem Gut Maienfels Gegenstand des Vergleichs war und andererseits solche Lasten, welche als dem Gutsbesitz anhängig betrach-

Digitized by Google

tet wurden. Unter Erbfolge im Gegensatz zur Lehensfolge kann aber ebensowohl die Stammgutsfolge als die gemeine Erbfolge verstanden sein.

8) Vertrag vom 4. Dezbr. 1778. In diesem Vertrag, welchen gleichfalls der Beklagte beigebracht hatte, wird gleich im Eingange gesagt, daß die gesammte Verlassenschaft des Freiherrn Eberhard Casimir von Weiler auf Lichtenberg auf dessen nächsten und alleinigen Agnaten, den Herrn Ritterrath von Weiler (Großvater der Klägerin) gekommen, das sämmtliche Allodialvermögen hingegen auf des Herrn Erblassers hinterbliebene einzige, noch minderjährige Tochter Louise Fräulein von Weiler. Wenn gleich auch sie keine Güter bekam, so war der Grund hievon nur der, weil einzig das Stammgut, und auch dieses in schlechtem Stande, hinterlassen wurde. Dagegen wurden der Tochter als väterliche Erbschaft zugeschieden die Mobilien und Activen, Kleider, Rüstung und Gewehr, desgleichen alle laufenden Einkünfte von den Stamm- und Lehengütern. Außerdem verpflichtete sich der Stammvater statt des sonstigen Heirathguts von 1000 fl. und 300 bis 400 fl. Ausfertigung der Erbtochter zusammen an Heirathgut und Aussteuer 2000 fl. zu geben, wogegen sie nach adelichem Gebrauch auf weitere Ansprüche an den freiherrlich von Weilerschen Mannsstamm (d. h. die Lehen- und Stammgüter) feierlich zu verzichten verbunden sein solle.

9) Erbvertrag vom 15. Juli 1799. Sehr wahr und bezeichnend lautet der Eingang dieses Vertrags:

> Demnach wir unterzeichneten Geschwister durch die traurige Erfahrung belehrt sind, wie wenig fest und wie schwankend vielmehr die Grundsätze sind, welche in Hinsicht auf die Erbfolge adelicher Töchter in die Verlassenschaft ihres Vaters mit und neben ihren Brüdern und Neffen Platz greifen ꝛc.

Auch die von der Tochter des Erblassers ertheilte Einwilligung, daß außer den Lehen-, Stamm- oder Fideicommißgütern auch die eigenthümlichen liegenden Gründe und Gebäude ihres Vaters, und selbst die Mobiliarverlassenschaft desselben, ihrem Bruder zufallen sollen, beweist nicht gegen, vielmehr für ihr gesetzliches Erbrecht; denn dieß war lediglich ein freiwilliger und zwar lästiger Verzicht (der jährliche Unterhalt und das Heirathgut wurden namhaft er-

Digitized by Google

gefunden, auf gleiche Weise die Schwester durch Verzicht von der ihrer Brudersſöhne auszuschließen, und zwar zum Besten ihrer lebenden Brüder sowohl als auch der Brudersſöhne. Nachdem also gedachtes Fräulein, eine Tochter Dietrichs von Weiler, nunmehr adeliche Frau von Gültlingen, von ihren Eltern, wie es in der Urkunde heißt, ehrlich, nothdürftiglich und zu ihrem völligen Benügen ausgesteuert, entschloß sie sich aus besonderer Treue und Liebe zu ihren Brüdern und Vettern, auch zu Gut Stamm und Namen, die sie zu fördern willig und begierig, ungezwungen und ungedrungen, denselben ihren Brüdern und Vettern ihr väterliche, mütterliche, brüderliche und schwesterliche Erbfälle und Gerechtigkeiten zu übergeben und sich derselben frei lediglich gegen ihnen zu verziehen. Bemerkenswerth hiebei ist, wie nach damaliger Weise germanische und kanonische Formen mit einander verknüpft wurden. Der Verzicht der Tochter fand nämlich Statt in Form einer Uebergabe, welche erfolgte „mit ihr selbs und ihres Vogts Mund und Hand" in die Hände des gegentheiligen Anwalts (des östreichischen Raths und Regenten zu Württemberg, Heinrich Trösch von Buttlar) unter Angelobung an Eidesstatt und darauf erfolgtem leiblichen Eidschwur. Worin die Abfertigung bestanden, ist nicht ausgedrückt; auch der Vorbehalt auf ledigen Anfall kommt noch nicht vor.

2) Eine andere Urkunde, welche den Verzicht auf die stammvetterliche Erbschaft zum Gegenstand zu haben schien, war der Heirathsbrief des Edlen und Festen Philipp Leyser von Lambsheim und der edlen und tugendsamen Jungfrau Marie Elisabethe v. Weiler von 1598. Dietrich v. Weiler verspricht hier, seiner Tochter in Jahresfrist, von dem Beischlaf an zurechnen, zu Ehesteuer und Heirathgut zu geben 1000 fl. oder, wo er diese nicht erlegte, solche mit 50 fl. zu verzinsen und darum genugsame Versicherung zu thun, darzu auch gemeldte Jungfrau mit ziemlicher Kleidung, wie sich seinem Stand nach gebührt, abzufertigen. Dagegen soll Philipp Leyser dieselbe mit 2000 fl. widerlegen und ihr dazu aus ehelicher adelicher Neigung 400 fl. zu rechter freier Morgengab nach Morgengabsrecht zu geben, auch sie um die 3400 fl. zu bewidmen, verweisen und versichern. Was sie in Erbs-, Uebergabs-, Testaments- oder schenkweise erhalten würde, solle sie ihr Ehegemal gleichfalls auf gewissen Gütern versichern, aber deßhalb keine Widerlegung thun. Die Braut versprach, mit Wissen und Willen ihres Ehegemals nach beschlagener

Digitized by Google

Decke vor Freunden, oder, wo sie hingewiesen werde, in bester Form zu „verzeihen" alles vetterlichen, mütterlichen und brüderlichen Erbs und Guts, es begebe sich dann, daß ihre Brüder alle ohne Leibeserben Tods abgiengen, wo sie alsdann, wozu sie Recht habe, „unverzigen" sein soll. Aber alldieweil ihrer Brüder einer Leibeserben überkäme, soll desselben Erbschaft von einem Leibeserben auf den andern in absteigender Linie fallen. Zugleich wird bestimmt, wenn die Elisabetha v. Weiler Wittwe würde und sich wieder heirathete, daß alsdann nach ihrem Tode ihre Kinder erster und zweiter Ehe gleich mit einander erben und theilen sollen.

Es ließ sich leicht errathen, daß das Wort „vetterlich" in der vorliegenden Abschrift aus väterlich entstanden war, wie überhaupt die von beklagter Seite vorgelegten Abschriften alter Urkunden, obwohl notariatlich beglaubigt, keine diplomatische Genauigkeit zeigten. Daß ich mich in jener Beziehung nicht irre, beweist nicht allein der Zusammenhang, sondern auch der gleichförmige Heirathsbrief der Dorothea v. Weiler von 1609, wo „väterlich" steht. Daß auch der Verzicht auf die mütterliche Erbschaft kein nothwendiger war, beweist die Abrede wegen der eigenen künftigen Verlassenschaft der Braut (s. oben). Der beschränkende Vorbehalt auf ledigen Anfall kommt in derselben Form, wie oben, schon in dem Heirathsbrief des Christoph v. Thalheim und der Barbara v. Weiler von 1564 vor und mit den Worten: „auf einen ledigen und freien Anfall" erstmals in dem Verzicht der Katharine v. Weiler, verehelichter Megenzer von Veldorf von 1608, wo noch der Beisatz gemacht ist:

> „vff welchen Fall sie dieser Verzig nicht binden soltt, Sondern wofern Ihre gelibte Brüdere alzumahl ohne hinderlassung ehlicher leibserben Todts verfahren vnd also ein lediger anfall sich begeben vnd beschehen würde, das alßdann Ihr vnd allen Ihren khünfftigen leibserben, ihr gegründt erbgerechtigkeitt vorbehalten seyn soll."

Dieser Vorbehalt, welcher in späteren Urkunden immer wiederkehrt, beweist zwar nicht, wie manche Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts angenommen haben, daß die erstverzichtende Tochter oder ihre Nachkommen (sogenannte Regredienterben) ein Anrecht auf das Stamm- und Lehengut des Hauses vor der Erbtochter bei eröffneter cognatischer Succession haben; aber er beweist auch nicht die

Digitized by Google

Wirkung des Verzichts, welche ihm von beklagter Seite und in den erstrichterlichen Entscheidungsgründen beigelegt worden war: daß nämlich derselbe auch den Stammvettern unmittelbar zu gut komme, indem der Verzicht in dem weiteren Umfange, wie er hier gestellt ist, wonach die ganze Erbschaft von Vater, Mutter und Bruder, nicht blos das Stammgut, darunter begriffen, nur zu Gunsten der Brüder der Verzichtenden und deren Nachkommen männlichen und weiblichen Geschlechts gilt, und also seine Wirkung verliert, wenn entweder die Brüder vor eröffneter Erbfolge ohne Kinder mit Tod abgehen, oder wenn nachher die brüderliche Linie ausstirbt und ihr Vermögen zurückfällt [123]). Bei dieser Deutung kann die Erbtochter niemals benachtheiligt werden; aber es ist auch kein Grund vorhanden, dem Verzicht eine Deutung zu unmittelbaren Gunsten der Stammvettern zu unterlegen, welche aus dem oftmals angegebenen Zweck des Verzichts: „Erhaltung von Stamm und Namen" so wenig folgt, als aus der beigefügten Clausel „auf ledigen Anfall."

3) Heirathsvertrag von 1769 zwischen Friederike Johanne von Weiler und Dominikus von Berlichingen.

Diese Johanne v. Weiler war eine Tochter Burkhard's von Weiler auf Maienfels, der ohne männliche Nachfolge starb. Die Lehens- und Mannsstamms-Güter des Hauses waren daher ganz allein an die Herrn Friedrich und Eberhard v. Weiler als Stammvettern gekommen, wogegen die Tochter Burkhards mit dem bei dem Weilerschen Hause herkömmlichen Heirathgut von 1000 fl. und 300 fl. Ausfertigung von ihren Vettern zufrieden gestellt wurde. Der Verzicht derselben ist hier, wie schon in dem Heirathsbrief Burkhard's v. Weiler vom Jahre 1727, mit der Eheberedung und der Zusage des Heirathguts unmittelbar verbunden; allein während damals noch vor Unterzeichnung des Briefs ein leiblicher Verzichtseid geschworen wurde, ward jetzt der Verzicht von der Braut und ihrem Gemal blos versichert und unterschrieben bei adelichen Ehren,

123) In dem Uebereinkommen der schwäbischen Ritterschaft vom J. 1652 (oben Note 111) ward zwar der Regreß auf das vierte Glied beschränkt; es erinnert dieß jedoch an die Bestimmungen der Volksrechte (ob. Note 11), wo auf ähnliche Weise nur die Grenze der rechtlichen Verwandtschaft überhaupt bezeichnet werden wollte.

Digitized by Google

Treuen und Glauben, und zwar unter Berufung auf das bei dem Reichsadel in Franken gebräuchliche Herkommen. Die Stelle von dem Verzicht lautet wie folgt:

„Ich dargegen, nach Recht und Observanz deß Unmittelbahren Freyen Reichs Adels, Landes zu Franken schuldig und verbunden bin, gegen empfang obgedachten Dreyzehen Hundert Gulden Heurathguth und außferttigung auf alle fernere vätter- und vetterliche Erbschaft feyerlichst zu renunciren, in solange einer von meinen obgedachten Herrn Vettern Freyherrn von Weiler oder deren Ehelichen Männlichen Leibes-Erben am Leben seyn wird (jedoch mit Vorbehalt des über Kurtz oder lang nach Gottes willen sich ergebenden ledigen anfalls: da sodann der geleistete Verzicht Mich selbst oder meine Erben beyderley geschlechts nicht binden solle)."

Diesen Verzicht auf die väterliche und vetterliche Erbschaft glaubten die Entscheidungsgründe nicht anders, als durch eine Ungenauigkeit des Ausdrucks erklären zu können, indem damit nichts Anderes habe gesagt werden wollen, als daß nach der Observanz des fränkischen Adels bis auf den ledigen Anfall auf alles Erbrecht gegenüber vom Mannsstamm habe verzichtet werden wollen. Allein die Urkunde ist nur insofern ungenau, als die Worte: „fernere väterliche und vetterliche Erbschaft" nicht erklärt sind, als wir demnach nicht wissen (bei den Betheiligten konnte darüber freilich kein Zweifel sein), was die Tochter schon geerbt hatte. Indessen erklärt sich die Sache einfach so: in dem Eigen ihres Vaters war die Erbtochter allerdings Erbin geworden, die Lehen- und Stammgüter aber waren an die Stammvettern gekommen, welche dagegen jene auszusteuern hatten. Nur auf die Erbschaft in diesen Gütern ward also von der Erbtochter verzichtet. Diese Erbschaft konnte aber als väterliche und vetterliche wohl bezeichnet werden, da sie von dem Vater hergekommen und von diesem auf die Vettern gelangt war. Wie die Schwestern sonst gegen ihre Brüder und deren Nachkommen nicht blos auf die väterliche, sondern auch auf die künftige brüderliche Verlassenschaft verzichteten, so hier die Base gegen ihre Vettern und deren Nachkommen auf die vetterliche Erbschaft, worunter aber hier nur die Stammgüter begriffen wurden. Nach dieser Auslegung wäre der Verzicht allerdings ein nothwendiger gewesen; allein auch nothwendige Verzichte wurden häufig ausgestellt, und daß das Allodial-

Digitized by Google

Vermögen in einem Falle, wie der eben angeführte, nicht an die Stammvettern, sondern an die Tochter gekommen, gieng aus mehreren andern Vorgängen hervor. Auf dieses Allodialvermögen ward also hier nicht verzichtet; folglich konnte daraus auch nicht eine Gewohnheit abgeleitet werden, kraft welcher die Weiber auf alles Erbrecht gegenüber vom Mannsstamme zu verzichten gehabt hätten.

Und nicht nur dieß geht aus den gezeigten Beispielen hervor, sondern auch noch weiter das: wie schwer es überhaupt halten möchte, ein bestimmtes Verzichtsherkommen in einer und derselben Familie blos aus den stattgefundenen einzelnen Verzichten herzuleiten, indem je nach Umständen der Verzicht erweitert oder beschränkt und sodann auch mit Rücksicht hierauf sowohl, als auf die Größe der aufzugebenden Erbschaft die Summe der Abfindung bestimmt wurde. In letzterer Beziehung ist hier noch zu bemerken, daß zwar in der v. Weiler'schen Familie, deren Herkommen ich zunächst zu prüfen hatte, gewöhnlich nur ein Heirathgut von 1000 fl. außer standesmäßiger Aussteuer und Hochzeitkosten bewilligt wurde, daß es aber auch hiebei sein Bewenden häufig nicht hatte. Kerner [124]) bezeugt: bei der Ritterschaft in Schwaben bekomme eine verziehene Fräulein nach dem allgemeinen Gebrauch 2500 fl. zum Heirathgut. Dieß möchte jedoch für die damalige Zeit als Regel zu viel und für die heutige zu wenig sein. So hatte die Klägerin in dem mir vorgelegenen Falle aus der Verlassenschaft ihres Großvaters (ihr Vater war gestorben) im J. 1800 ein Heirathgut von 7500 fl. als Abfindung erhalten, der Tochter des Erblassers aber, Stiftsdame zu Oberstenfeld, ward ein Jahrgehalt von 500 fl., und für den Fall der Verheirathung ein Heirathgut von 10,000 fl. statt der väterlichen Erbschaft von ihren Brüdern ausgesetzt.

Eines geht aus der großen Reihe von Erbverzichten des 16., 17. und 18. Jahrhunderts allerdings hervor, daß nämlich auf die väterliche Erbschaft von den Töchtern zu Gunsten der Söhne regelmäßig verzichtet wurde. Allein eine Regel für den rechtlichen Ausschluß der Töchter von jener Erbschaft, abgesehen von den Stammgütern, möchte nach den früher vorgetragenen Grundsätzen auch hieraus nicht zu schließen sein; denn nicht nur ist kein Fall in der Familie vorgekommen, wo eine Tochter ohne Verzicht für ausgeschlossen ge-

124) Reichsritterschaftl. Staatslandrecht S. 94. Note y.

Digitized by Google

halten worden wäre, sondern es ward auch der Verzicht immer als die Folge einer Abfertigung, somit als ein lästiges Geschäft, nicht als bloße Schenkung oder Formalität, angesehen.

Der Verzicht war also freiwillig, so wie und so weit er die Erbschaft außer dem Lehen- und Stammgute betraf; und da bei dem Zusammentreffen mit Brüdern oder Brudersöhnen demselben gewöhnlich diese Ausdehnung gegeben wurde, häufig theils freiwillig, theils nothwendig; nothwendig in Hinsicht auf Stamm- und Lehengut, freiwillig in Hinsicht auf die übrige sogenannte Allodial-Erbschaft. Bezeichnend ist die Art, wie die Freiheit der Willenserklärung in dem Verzicht der Katharine von Weiler, verehelichte Megenzer, vom J. 1608 ausgedrückt wurde. Der Verzicht ward hier in Gegenwart eines kaiserlichen Notars nach der alten Form der Uebergabe „mit Mund und Hand" geleistet und durch einen leiblichen Eid bekräftigt. Nicht genug daß, wie dieß in notariatlichen Verzichtsinstrumenten gewöhnlich vorkommt, die römischen jura feminarum vorher in Erinnerung gebracht und declarirt worden; es ward auch noch eine weitere (deutsche) Form der Bethätigung des Willens für nützlich gehalten. Von ihrem Vogt (Kriegsvogt) wurde die Verzichtende dreimal in Abwesenheit ihrer Brüder gefragt und an ihre Rechte, Gerechtigkeiten und Freiheiten erinnert; so oft sie aber wieder vorgeführt worden, ward von ihr durch ihres Vogts und ihren eigenen Mund mit Ja! frei öffentlich der Verzicht bekannt.

Wir haben bis jetzt nur von den Verzichts-Urkunden und Heirathsabreden, sofern sie den Töchterverzicht betreffen, gesprochen. Außer diesen können auch andere Verträge, namentlich Theilungen, letztwillige Verordnungen für den Beweis des Herkommens einer Familie in Absicht auf das Erbrecht der Töchter benützt werden. Auch hier ist jedoch große Vorsicht räthlich: denn die besonderen Umstände, unter welchen im einzelnen Falle verfügt wurde, gehen häufig aus solchen Urkunden nicht hervor, und doch sind dieselben zu wissen nöthig, wenn daraus auf eine allgemeine Regel geschlossen werden soll.

Ich erlaube mir dieses wieder aus einzelnen Beispielen in der v. Weilerschen Familie zu erläutern.

Ein Familien-Vertrag, wodurch die Verbindlichkeit zu Verzichten allgemein ausgesprochen oder das Recht der Töchter ein für alle-

mal festgesetzt worden wäre, lag nicht vor, sondern nur einzelne letztwillige Verordnungen und Theilungsverträge, wodurch über die in Betracht kommende einzelne Verlassenschaft Verfügung getroffen wurde. Hieher gehörte namentlich:

1) eine Anzahl von Urkunden über die Allodial-Erbschaft eines im Jahre 1535 gestorbenen Caspar von Weiler, wonach die Allodien mit den Lehen von Württemberg eingezogen, nachher aber an die Schwesterkinder des Verstorbenen als nächstgesippte Freunde herausgegeben wurden.

2) Testament Dietrichs v. Weiler von 1602, worin bestimmt ist: den Töchtern des Erblassers solle von den Söhnen ein Heirathgut gegeben werden nicht unter 1000 fl., den unverehelichten jährlich der Zins hievon, damit sie nicht von den Brüdern als Dienstmägde behandelt werden. Daß sie damit statt aller Erbschaft abgefertigt werden sollen, steht nicht in der Verfügung; nur wird, wie natürlich, vorausgesetzt, daß die Söhne im Lehen *folgen*, und daraus ihre Schwestern ausstatten. Uebrigens war bei 6 Töchtern, welche der Erblasser neben 6 Söhnen hinterließ, ein Heirathgut von je 1000 fl. eine anständige Abfertigung auch von der Erbschaft. Die Wittwe Dietrichs hinterließ eine besondere Verordnung vom Jahr 1608, worin sie ihre Söhne zu Erben *einsetzte*, hinsichtlich der Töchter die Anordnungen ihres Vaters *bestätigt* und beifügte, daß, so lange sie ledig (d. h. unverheirathet) ihnen von ihren Brüdern des Verzichts wegen nichts zugemuthet werden solle.

3) Ein Vergleich von 1617 zwischen den Söhnen des ebengenannten Herrn v. Weiler. Diese theilten unter sich nicht blos, wie es scheint, die Erbschaft ihres Vaters Dietrich v. Weiler, sondern auch die ihres Oheims Burkhard v. Weiler, welcher ohne Hinterlassung von Nachkommen gestorben war. Der Fall scheint also hier ein ähnlicher zu sein, wie der Nro. 1 bemerkte, nur daß dießmal die weiblichen Verwandten (die Töchter) nicht erbten, sondern von ihren Brüdern ausgeschlossen wurden. Daher ward auch hierauf beklagter Seits ein großer Werth gelegt, zumal, weil auf die Erbschaft des Oheims von den zuvor verheiratheten Nichten nicht ausdrücklich verzichtet worden war. Indessen scheint die Erbschaft des Oheims erst dann Gegenstand der Theilung geworden zu seyn, nachdem dieselbe bereits von dem Vater angetreten worden. Sie

Digitized by Google

nahm also die Natur der väterlichen Erbschaft an, und folgte mit dieser den Söhnen, da die Töchter verzichteten. Wegen der Erbverzichte war nur bestimmt: „Inmaßen denn auch der Verzug der dreyen (unausgestatteten) Schwestern befördert werden solle.“ In einer andern Beziehung dagegen ist dieser Vergleich merkwürdig. Es ist nämlich darin bestimmt, daß die eigenthümlichen Güter bei dem adelichen Geschlecht deren von Weiler verbleiben und ohne Vorwissen und Einwilligung der Gebrüder nicht verändert, oder versetzt, sondern bei und unter ihnen als Lehengüter geachtet werden sollen. Hierin lag die erste Stammgutsstiftung, aber wohl bemerkt, nur für die damaligen Güter; auf den Eintritt in diese konnten also die Töchter, so lange noch Mannsstamm vorhanden, keinen Anspruch machen; ebensowenig bedurfte es eines Verzichts auf dieselben von Seite der weiblichen Nachkommen der vertragenden Söhne.

4) Inventur und Theilung von 1633. Beklagter Seits ward diese Theilung darum für besonders wichtig gehalten, weil daraus hervorgehen sollte, daß die Töchter auch ohne ausdrücklichen Verzicht von der schwesterlichen Erbschaft ausgeschlossen seien. Allein, genauer betrachtet, war dieß nicht der Fall: denn die Schwestern wurden von dem Erbe nur aus dem Grund ausgeschlossen, weil ihr Bruder Weiland Junker Wolfgang den Tod der Erblasserin noch erlebt, und diese ein Testament hinterlassen hatte, kraft dessen jener mit den Brüdern sich in die Erbschaft theilen sollte.

5) Vergleich von 1702 zwischen Friedrich und Dietrich v. Weiler. Hier erbietet sich Dietrich v. Weiler für den Fall, daß sein Bruder Friedrich ohne männliche Erben abgienge, und somit die Güter und Gefälle auf seine Linie fallen sollten, jeder Tochter desselben bei ihrer Verheirathung statt der sumptuum nuptialium 150 fl. zu einem Hochzeitkleid oder Kleinod zu geben. Beklagter berief sich hierauf, um zu beweisen, daß jedenfalls der gesammte Gutsbesitz ohne Ersatz der Aufbesserungen auf die Stammvettern übergegangen. Allein daß Wittwe und Töchter Erben im Allod seien, ward ausdrücklich anerkannt; daß aber die Immobilien nicht hierunter begriffen wurden, hat seinen Grund darin, weil es sich nur von solchen Gütern handelte, welche theils württembergische und hanauische Lehen, theils Stammgüter waren. Auf die gemachte „Meliorations-Prätension“ ward allerdings für jetzt und künftig verzichtet; allein daß überhaupt von einer solchen Forderung gegen den Stammgutsfolger die Rede



Digitized by Google

sein konnte, beweist nur wieder, daß die Lehen- und Stammgutsfolge von der gemeinen Erbfolge getrennt, und daß die Töchter Friederich's von der letzteren gegenüber von ihrem Oheim nicht ausgeschlossen waren. Dieser Vergleich ist um so wichtiger, als er unter Vermittlung einer kaiserlichen Commission (in der Person des Herzogs Friedrich August von Württemberg-Neustadt) abgeschlossen und von dem herzoglichen Lehenrath zu Stuttgart bestätigt worden war.

6) Theilung über das Vermögen des Freiherrn Johann Friederich v. Weiler von 1744. Auch hier ist nur von dem väterlichen Vermögen die Rede; und zwar wurde es von dem Vormund der drei Töchter mit Einwilligung ihres Bruders Friederich für gut und rathsam gehalten, nach der alten Observanz des Weilerschen Hauses einem jeden Fräulein 1000 fl. zu Heirathgut und 400 fl. zur Ausfertigung zu setzen, und inzwischen bis zur Verheirathung jeder 50 fl. Kost- und 25 fl. Kleidergeld zu geben. Daß das Allod nicht ausschließlich dem Mannsstamme vorbehalten war, gieng auch hervor aus einem Theilungsvertrag von 1762, wornach die Wittwe des Freiherrn Ludwig von Weiler zu Weiler vermöge Testaments Universalerbin des Allods geworden war. Der Umstand, daß dieses Allod dazumalen nicht in liegenden Gütern, sondern blos in fahrender Habe bestanden, ändert an dem Grundsatze nichts.

7) Einen weiteren Beleg für die Behauptung, daß selbst bei entfernterer Sippe (als Geschwistern) wenigstens das allodiale Immobiliar-Verlaßthum an die Lehensfolger übergegangen, war beklagter Seits in einem Theilungs-Receß von 1759 gefunden worden, wornach bei dem Tode des Ritterraths Dietrich v. Weiler, dessen Güter, Renten und Gefälle zwischen den Agnaten, Freiherrn Ludwig, Friederich und Eberhard getheilt worden, obgleich von dem Bruder Burkhard Dietrich drei Töchter vorhanden gewesen. Daß hierunter auch Allodien begriffen, sollte daraus hervorgehen, daß es an der Stelle, wo von Abtretung der Succession von Seite Ludwigs v. Weiler an seine Neffen die Rede sei, Lehensfolge und Erbschaft zugleich als Object angegeben worden. Allein, worin die Verlassenschaft Dietrichs überhaupt bestanden, und wie sie getheilt worden, gieng aus dem Recesse nicht hervor, sondern nur, daß der Antheil an dem Gut Maienfels Gegenstand des Vergleichs war und andererseits solche Lasten, welche als dem Gutsbesitz anhängig betrach-

Digitized by Google

tet wurden. Unter Erbfolge im Gegensatz zur Lehensfolge kann aber ebensowohl die Stammgutsfolge als die gemeine Erbfolge verstanden sein.

8) Vertrag vom 4. Dezbr. 1778. In diesem Vertrag, welchen gleichfalls der Beklagte beigebracht hatte, wird gleich im Eingange gesagt, daß die gesammte Verlassenschaft des Freiherrn Eberhard Casimir von Weiler auf Lichtenberg auf dessen nächsten und alleinigen Agnaten, den Herrn Ritterrath von Weiler (Großvater der Klägerin) gekommen, das sämmtliche Allodialvermögen hingegen auf des Herrn Erblassers hinterbliebene einzige, noch minderjährige Tochter Louise Fräulein von Weiler. Wenn gleich auch sie keine Güter bekam, so war der Grund hievon nur der, weil einzig das Stammgut, und auch dieses in schlechtem Stande, hinterlassen wurde. Dagegen wurden der Tochter als väterliche Erbschaft zugeschieden die Mobilien und Activen, Kleider, Rüstung und Gewehr, desgleichen alle laufenden Einkünfte von den Stamm- und Lehengütern. Außerdem verpflichtete sich der Stammvater statt des sonstigen Heirathguts von 1000 fl. und 300 bis 400 fl. Ausfertigung der Erbtochter zusammen an Heirathgut und Aussteuer 2000 fl. zu geben, wogegen sie nach adelichem Gebrauch auf weitere Ansprüche an den freiherrlich von Weilerschen Mannsstamm (d. h. die Lehen- und Stammgüter) feierlich zu verzichten verbunden sein solle.

9) Erbvertrag vom 15. Juli 1799. Sehr wahr und bezeichnend lautet der Eingang dieses Vertrags:

> Demnach wir unterzeichneten Geschwister durch die traurige Erfahrung belehrt sind, wie wenig fest und wie schwankend vielmehr die Grundsätze sind, welche in Hinsicht auf die Erbfolge adelicher Töchter in die Verlassenschaft ihres Vaters mit und neben ihren Brüdern und Neffen Platz greifen rc.

Auch die von der Tochter des Erblassers ertheilte Einwilligung, daß außer den Lehen-, Stamm- oder Fideicommißgütern auch die eigenthümlichen liegenden Gründe und Gebäude ihres Vaters, und selbst die Mobiliarverlassenschaft desselben, ihrem Bruder zufallen sollen, beweist nicht gegen, vielmehr für ihr gesetzliches Erbrecht; denn dieß war lediglich ein freiwilliger und zwar lästiger Verzicht (der jährliche Unterhalt und das Heirathgut wurden namhaft er-

Digitized by Google

höht), wie auch aus der Bestimmung hervorgeht, welche nicht mit dem üblichen Vorbehalt auf ledigen Anfall zu verwechseln ist:

> Da ich die paciscirende Schwester vorzüglich die Erhaltung und Befestigung des Wohlstandes und Glanzes des freiherrlich von Weilerschen Mannsstamms bei diesem Erbfolgevertrag zur Absicht habe, so behalte ich mir auf den, zwar sehr unwahrscheinlichen, aber doch immer möglichen Fall, daß eine unglückliche Revolution alle adeliche Verhältnisse auflösen sollte, meine volle Erbrechte auf die väterliche Verlassenschaft ausdrücklich vor, und will auf den gedachten Fall nicht an diesen Erbfolgevertrag gebunden sein.

Auf die späteren Vorgänge konnte in dem bezeichneten Falle darum kein Gewicht gelegt werden, weil durch königliche Verordnung vom 22. April 1808 die landrechtlichen Erbfolge-Bestimmungen auf die der Souveränität jetzt unterworfenen fürstlichen, gräflichen und ritterschaftlichen Familien ausgedehnt wurden [125]), *wiewohl* der Adel auch in der Zwischenzeit bis zur Wiederherstellung der Fideicommisse im Jahr 1817 sich mehrentheils freiwillig an das alte Familienrecht gehalten, und dadurch die Stammgüter großentheils gerettet hat.

Betrachten wir nun alle angeführten Handlungen, wie sie sich nach und nach in einer bestimmten Familie zugetragen *haben*, so kann darüber kein Zweifel sein, daß dadurch ein von dem Adelsrechte in Deutschland, insbesondere dem vormaligen reichsritterschaftlichen Privatrechte, abweichendes Familienherkommen sich nicht gebildet hat, und daß als entschieden nur betrachtet werden kann der Ausschluß der Töchter von den Lehen- und Stammgütern des Hauses und zwar zu Gunsten des gesammten Mannsstamms; wogegen zu jeder weiteren Zurücksetzung in der freieigenthümlichen Verlassenschaft, sei es des Vaters oder der Mutter, der Brüder oder Schwestern, ein besonderer Verzicht erforderlich war.

### §. 6. Ergebniß der Untersuchung. Rechtsgrund des Verzichts. Folgen daraus.

Wir haben bisher das Erbrecht der adelichen Töchter und die Bedeutung ihrer Verzichte von verschiedenen Ausgangspuncten un-

125) S. mein württemb. Privatrecht §. 47.

Digitized by Google

tersucht, und werden nun im Stande sein, die Lehrsätze, welche wir bisher im Einzelnen nachgewiesen haben, in ihrem Zusammenhang zu betrachten und unter einen leitenden Grundsatz zu bringen.

Die Ansicht der Aelteren, daß ein wahres Erbrecht den Töchterverzichten nicht zu Grunde liege, diese vielmehr Scheinverzichte seien, hat sich auch im Laufe unserer Ausführung als unrichtig erwiesen. Wir sind vielmehr zu dem entgegengesetzten Ergebniß gelangt: daß die Töchter nach dem gemeinen, auch für den Adel wirksamen, deutschen Recht spätestens im 14. Jahrhundert ein gleiches Erbrecht mit den Söhnen hatten, und daß die Verzichte, welche seit dieser Zeit häufiger vorkommen, gerade dazu dienen sollten, dieses Recht in den einzelnen Fällen aufzuheben. Nur in den Stammgütern — in den Lehen trat ohnedieß eine eigenthümliche Folge ein, welche auf einem andern Prinzipe beruhte — waren die Töchter schon von Rechts wegen ausgeschlossen. Das Stammgutsrecht war aber zu der Zeit, da die Verzichte häufiger wurden, selbst erst in seiner Entwicklung begriffen, und die Verzichte mußten mit zu dieser Entwicklung beitragen; kein Wunder also, daß die Verzichte auf das Stammgut mit erstreckt wurden, ja zur Erhaltung und Vermehrung des Stammguts wesentlich beitrugen. Dessen ungeachtet wird man nicht sagen können, der Verzicht sei Grund des Ausschlusses der Töchter vom Stammgut, als solchem, gewesen; vielmehr scheint der Grundsatz von dem nothwendigen d. h. unfreiwilligen Verzicht und der ipso jure Renunciation, worüber früher so viel Streit war, weil man zwischen dem Stammgut und übrigen Vermögen nicht unterschied, gerade auf das Stammgut bezogen werden zu müssen. Worauf beruhte nun aber der Ausschluß der Töchter vom Stammgute und ebendamit die Nothwendigkeit ihres Verzichts auf dasselbe?

Ich bin genöthigt, hier an das Recht des früheren Mittelalters zu erinnern, wo der Mannsstamm mehr begünstigt war, als in dem Rechte des 13. und 14. Jahrhunderts, namentlich an die Bestimmungen des fränkischen Rechts über die terra salica, worauf der ganze Mannsstamm, an den „Ansidel" des Schwabenspiegels, worauf der Sohn ein Vorrecht hatte. Wie wir schon früher bemerkten, läßt sich zwar hierauf unmittelbar das spätere Adelsrecht nicht gründen; aber erklären läßt sich daraus das Bestreben des Adels, den Vorzug des Mannsstamms, wenigstens in Hinsicht auf

Digitized by Google

gewisse Güter, die durch die Gunst des früheren Rechts bei der Familie geblieben waren, aufrecht zu erhalten. Die unmittelbare Grundlage jenes Vorzugs waren jetzt Familiengesetze und Familienherkommen, also dieselben Quellen, worauf noch jetzt das eigenthümliche Familienrecht des hohen und niedern Adels beruht. Besonders muß dieses gesagt werden von der besonderen Folge in die adelichen Stammgüter, welche dem älteren Rechte unbekannt waren; denn weder die terra salica, noch der väterliche Ansiedel sind als Stammverlassenschaft oder Familiengut im neueren Sinne zu betrachten. Hierzu konnte ein edelmännisches Besitzthum nur werden, indem dasselbe für unveräußerlich erklärt und ausgesprochen wurde, daß es zu Erhaltung des Stammes und Namens bis zu Abgang des Geschlechts bei diesem erhalten werden solle. Dadurch ward der gesammten männlichen Nachkommenschaft, nicht blos dem nächsten Erben ein Anrecht auf das betreffende Gut gesichert. Man hat eine solche Bestimmung, welche auf verbindliche Weise nach deutschem Recht nur durch Familienvertrag oder Familienherkommen erfolgen konnte [126]), nach Aufnahme des römischen Rechts mit dem Namen fideicommissum bezeichnet [127]), eine Bezeichnung, welche allerdings unrichtig wäre, wenn man darum auch die römischen Grundsätze über die Entstehung und Dauer des Fideicommisses darauf anwenden wollte, welche es aber nicht ist, wenn damit nur der Hauptgedanke ausgedrückt werden will, daß der jeweilige Besitzer verpflichtet ist, das Gut, wie es ihm geworden, wieder einem Andern zu hinterlassen [128]). Unrichtig wäre es dagegen, wenn man sich unter dem Inhaber, statt wie unter dem römischen Fidei-Commissar den rechtlichen Eigenthümer, einen bloßen Nutznießer oder einen Treuhänder (Depositar) im Sinne des deutschen Rechts, die Familie

---

126) Das heutige Recht s. bei Beseler Erbverträge II, 2. S. 42 f. 84 f.

127) S. namentlich Knipschild, de fideicommissis familiarum nobilium s. de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur tractatus. Argent. 1626.

128) Ein Stammgut im weitern Sinn, dessen Eigenthümlichkeit blos darin bestünde „daß die Töchter bei ihrer Verheirathung zum Besten der Söhne oder des Mannsstamms darauf verzichten müssen" (Eichhorn Einl. §. 367), welches aber von Todes wegen und unter

Digitized by Google

aber als Eigenthümerin dächte, was sie nicht sein kann [129]). Meines Erachtens sollte übrigens, um Verwechslungen vorzubeugen, der Name Stammgut vorgezogen und nicht von Fideicommiß-, sondern von Stammguts-Stiftern gesprochen werden, wenn anders diese auszumitteln sind, was bei einem althergebrachten Stammgut in der Regel nicht der Fall sein möchte. Mit der Idee einer Stammgutsstiftung hängt nun aber auf's Engste zusammen eine andere Vorstellung, welche erst von den Juristen des vorigen Jahrhunderts klar ausgesprochen worden und nun auch der Praxis so sehr eingelebt ist, daß es den neueren Bekämpfern derselben noch nicht gelungen ist, sie zu verdrängen. Ich meine die Idee einer successio ex pacto et providentia majorum, welche zwar zu manchen Irrthümern Veranlassung gegeben hat, aber darum nichtsdestoweniger das Wesen der Stammgutsfolge und der daraus für die Erbberechtigten hervorgehenden Ansprüche klar und wahr ausspricht. Ist nämlich die Quelle des Stammgutsrechts nichts anders als autonomische Beliebung, sei es in der einen oder andern Form, so verdanken in der That die Nachfolger ihren Eintritt nicht dem letzten Besitzer, sondern den Stammgutsstiftern [130]). Ebendarum stehen aber auch die Töchter von selbst gegen die sämmtlichen männlichen Nachfolger der Stifter zurück (indem nämlich jene im Verhältniß zu den Stiftern als Söhne in Betracht kommen), während von dem Ansidel, so wie von dem „Erbe" des Sachsenspiegels die Töchter nur ausgeschlossen waren durch die Söhne. Auch darin unterscheidet sich das Stamm-

---

Lebenden frei veräußert werden könnte, gibt es meines Wissens nicht. Die Beschränkung der Veräußerung von Erbgütern war nach den Rechtsbüchern bekanntlich allgemein und ist auch jetzt noch allgemeiner, als der Ausschluß der Töchter.

129) Von einem Gesammteigenthum der Familie spricht wieder Beseler a. a. O. S. 51. Ein Obereigenthum räumt den Anwärten ein das östreichische Gesetzbuch §. 630, ein Miteigenthum das bairische Edict von 1818, §. 42.

130) Der Grund, welcher gegen jene Idee geltend gemacht worden, daß durch die autonomischen Dispositionen weder ein Erbrecht gegeben noch genommen worden (Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 454), kann nach dem früher Angeführten nicht zugegeben werden.

Digitized by Google

gut von dem Ansidel, daß, während die Töchter auf diesen gar kein Recht hatten, den Stammgutsfolgern dagegen die Pflicht zu standesmäßiger Ausstattung der Töchter obliegt, und diese Ausstattung, als gleichfalls in der Vorsorge des Stifters begriffen, in der Eigenschaft einer Reallast auf dem Gute haftet.

Wenn wir nun aber die Stammgutsfolge von der Folge im gemeinen Erbe trennen und nothwendig trennen müssen, so ergibt sich daraus für die Lehre von den Erbverzichten der wichtige Unterschied, daß es dort eines Verzichts nicht bedarf, und wenn er gefordert wird, dieser blos die Erfüllung einer leeren Förmlichkeit zum Zwecke hat (uneigentlicher Verzicht), während hier der Verzicht allerdings von thatsächlicher Bedeutung ist. Für den Verzicht in dieser letztern und eigentlichen Beziehung, das heißt für den Verzicht auf die gemeine Erbschaft (eigentlichen Verzicht) sind wir nun aber genöthigt, erst einen leitenden Rechtsgrund aufzusuchen und zwar einen Rechtsgrund, der von dem des uneigentlichen Erbverzichts verschieden ist. Eine Nothwendigkeit, auch auf das gemeine Erbe zu verzichten, hat uns die Geschichte der Erbverzichte nicht gezeigt, wohl aber ein Erbrecht der Töchter, und da kein Berechtigter in der Regel genöthigt ist, seinem Rechte zu entsagen, so erscheint der Verzicht in dieser Ausdehnung, in welcher er am häufigsten vorkommt, als Sache freier Beliebung (res merae facultatis). Daher erklärt sich, daß, ein so guter Grund auch vorhanden war, für den einen Verzichtsgegenstand, das Stammerbe, die Unfreiwilligkeit des Verzichts zu behaupten, doch wegen der regelmäßigen Beimischung des anderen die Ansicht von Freiwilligkeit desselben praktisch überwog und auch hinter den Gründen und Vorkehrungen für die erstere Ansicht nicht undeutlich durchschimmerte.

Die neueren Staatsgesetzgebungen gehen nun auch davon aus, daß die weibliche Nachkommenschaft von den Stamm- oder Fideicommißgütern von selbst ausgeschlossen sei [131]), ja zum Theil in der Ausdehnung, daß nach Erlöschung des Mannsstamms auch in den sofort berechtigten weiblichen Linien die männliche Geschlechtsfolge wieder eintreten solle [132]). Der Verzicht auf das Stammgut ist

131) Preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 4. §. 189.

132) Oestr. Gesetzbuch §. 626. Nach preuß. Landrecht a. a. O. §. 190. nur, wenn das Fideicommiß als ein subsidiär-kognatisches vom

Digitized by Google

hiernach nicht nothwendig zu Begründung des Ausschlusses; der Verzicht auf die übrige Erbschaft des Vaters, der Mutter u. s. w. aber steht unter der allgemeinen Regel der Erbverträge [133]), ist also freiwillig und keine erzwingbare Handlung. Jene neueren Gesetze bestätigen also den Unterschied, welchen wir oben gemacht haben.

Nach allem Bisherigen glaube ich meine Ansicht über das Erbrecht der adelichen Töchter, so wie über den Umfang und die Bedeutung der Töchter-Verzichte im Allgemeinen dahin abgeben zu können:

1) Die adelichen Töchter sind in der Regel nur von der Nachfolge im Stammgute ausgeschlossen; dieser Ausschluß folgt aus dem Begriff des Stammguts von selbst und findet statt, auch ohne vorausgegangenen Verzicht, und zwar nicht blos zum Besten der Brüder, sondern auch der übrigen Verwandten vom Mannsstamm (der sogenannten Agnaten oder Stammvetter), soweit solche von den Stiftern des Stammguts abstammen oder in der Stiftung ausdrücklich bedacht sind. Die Stammgutseigenschaft kann aber aus dem Vorkommen von Töchter-Verzichten allein nicht geschlossen werden [134]). Ist es zweifelhaft, ob die Güter, um deren Beerbung es sich handelt, zu den Stammgütern gehören, so spricht die Vermuthung gegen die Stammgutseigenschaft [135]). Von dem übrigen väterlichen oder brüderlichen Erbe, so wie von der mütterlichen und schwesterlichen Erbschaft sind die adelichen Töchter nur ausgeschlossen, sofern verbindliche Familiengesetze ihnen im Wege stehen oder sie darauf besonders verzichtet haben. Dieser Ausschluß findet aber

---

Stifter erklärt ist, ohne eine besondere Successionsordnung für die kognatische Folge vorgeschrieben zu haben.

133) Obgleich nach dem östr. Gesetzbuch §. 602 Erbverträge blos unter den Ehegatten gültig seyn sollen, wird doch der Erbverzicht allgemein gestattet, das. §. 551. Das preuß. Landrecht I, 12. §. 650 gestattet zwar Erbverzichte zu Gunsten eines Dritten nur alsdann, wenn der Erblasser dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitritt. Doch findet diese Vorschrift auf Familienverträge, welche sonst gültig geschlossen sind, keine Anwendung. Das. §. 655.

134) S. oben S. 296. v. Salza und Lichtenau von Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen §. 16.

135) Kerner, reichsritterschaftliches Landrecht S. 96.

Digitized by Google

im Zweifel nur Statt zu Gunsten der Brüder und Bruderssöhne, nicht auch der entfernteren Mannsverwandten.

2) Die Töchter-Verzichte setzen im Zweifel ein anerkanntes Erbrecht voraus, wie andere Erbverzichte, sind also freiwillige und eigentliche Verzichte. Daher kann eine Tochter, welche nicht verzichtet hat, in der Regel nur von dem Stammgute, nicht aber von der gemeinen Erbschaft ausgeschlossen werden. Daraus folgt weiter, daß die Töchter-Verzichte, wie die Rechtslehrer sich ausdrücken, strictissimi juris sind, das heißt, wörtlich erklärt werden müssen. Es darf also nicht von dem Verzicht auf ein Erbe auf das Aufgeben eines andern (de re ad rem) geschlossen werden; wie denn z. B. daraus, daß auf väterliche und mütterliche Erbschaft verzichtet worden, noch nicht folgt, daß auch die brüderliche Erbschaft, oder gar die des Oheims, inbegriffen sei [136]. Hat jedoch eine Tochter im Allgemeinen auf väterliche Erbschaft Verzicht gethan, so ist darunter im Zweifel die ganze Erbschaft und zwar vorzugsweise die fahrende Habe und das neu erworbene Gut, worauf die Tochter ein Erbrecht hatte, zu verstehen. Ebenso ist unter dem Verzicht auf „Lehen und Erbe" im Zweifel die bewegliche Verlassenschaft mitbegriffen [137]. Aus der bloßen Verzichtsgewohnheit kann die Nothwendigkeit des Verzichts, das heißt die Verbindlichkeit der Töchter, sich mit einer standesmäßigen Ausstattung zu begnügen, nicht geschlossen werden. Dagegen möchte die Thunlichkeit, durch ein Familiengesetz diese Verbindlichkeit festzusetzen, nicht mit Eichhorn [138] auf den hohen Adel zu beschränken, sondern auch auf den vormals reichsritterschaftlichen Adel zu erstrecken sein, sofern dieser dem ersteren durch den Art. 14 der Bundesacte hinsichtlich des Rechts der Selbstsetzung (Autonomie) im Wesentlichen gleichgestellt ist.

3) Zweck des Erbverzichts ist der Regel nach die Erhaltung

---

136) S. Tübinger Consilium in Betreff eines Falls aus Franken bei Schilter tract. praec. tom. II. p. 250 und die dort Angeführten; ferner: Cramer opusc. tom. III. §. 101. Nro. 4. §. 102. Desselben observat. jur. univers. tom. I. obs. 23. §. 2. p. 63.

137) Anderer Ansicht J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 159. Nro. 25.

138) Einleitung in das Privatrecht §. 349.

Digitized by Google

und Emporbringung des adelichen Stammes und Namens. Es liegt also demselben im Zweifel eine Freigebigkeit von Seite der Verzichtenden und zwar eine Schenkung zu einem bestimmten Zwecke (donatio sub modo) zu Grunde, daher das Geschäft nicht aus dem Grunde der Verletzung über die Hälfte oder wegen Verletzung des Pflichttheils angegriffen werden kann. Daraus folgt aber nicht, daß der Verzicht auch zu Gunsten entfernterer Mannsverwandten, als welche darin genannt sind, zu deuten ist: denn nicht nur kann jener Zweck, wie jeder andere modus (sunt certi denique fines) seine Grenzen haben, sondern es ist auch bekannten Rechtens, daß die Liberalität einer Handlung über die Bestimmung des Handelnden nicht ausgedehnt werden darf. Man wird vielmehr unterscheiden müssen: worauf verzichtet worden? Ist der Gegenstand des Verzichts das Stammgut, so folgt schon aus der Natur dieses Guts, daß die Töchter von der Folge durch die Nachkommen vom Mannsstamme überhaupt oder in gewissen Linien, bei welchen sich das Stammgut gebildet hat, ausgeschlossen sind. Sollte daher der Verzicht auch blos zu Gunsten der Brüder lauten, so würde dieß der Stammgutsfolge der übrigen Mannsverwandten keinen Eintrag thun. Geht dagegen der Verzicht auf das gemeine Erbe, so ist im Zweifel anzunehmen, daß derselbe blos das Beste des Mannsstamms in den Linien der Brüder bezwecke.

4) Die Wirkung des Verzichts ist im Zweifel der gänzliche Verlust des zuständigen Erbrechts, so daß die Verzichtende aus dem Grunde der gesetzlichen Erbfolge an die betreffende Verlassenschaft keinen Anspruch machen kann, aber auch zu einer Einwerfung des Erhaltenen gegen die wirklichen Erben nicht verpflichtet ist. Der Anfall durch letzten Willen oder Erbvertrag ist dadurch nicht ausgeschlossen. Ebenso steht es zu der Verzichtenden, ihre Entsagung an eine Bedingung zu knüpfen, welche aber nur dann wirksam ist, wenn das Erbrecht in Wahrheit zuständig war, also nicht auch bei dem Verzicht auf das Stammgut, worauf die Tochter ohnedieß kein Recht hatte.

Damit hängt zusammen der Vorbehalt des Erbrechts „auf ledigen Anfall", welcher auf den ersten Anblick nichts Anderes zu sein scheint, als eine auflösende Bedingung, beigefügt für den Fall des Aussterbens desjenigen Zweigs der Familie, zu dessen Gunsten verzichtet worden. Dieser Fall wird darum lediger Anfall genannt,

Digitized by Google

weil der Rückfall der verzichteten Erbschaft oder der Regreß zu derselben davon abhängig ist [139]). Keineswegs wollten aber die Töchter ursprünglich durch diesen Vorbehalt ihren Verzicht beschränken, ihm eine Bedingung beifügen in der Absicht, die Brüder und deren Nachkommen die Vortheile desselben nicht vollständig genießen zu lassen, sondern es sollte dadurch nur den Verzichttöchtern und ihren Nachkommen ihr natürliches, wenn schon wirksam aufgegebenes, Erbrecht unter der Voraussetzung geschützt werden, daß der Verzicht kein praktisches Interesse mehr darbieten sollte, weil diejenigen, zu deren Gunsten verzichtet worden, nicht mehr am Leben sind. Dadurch daß der ledige Anfall, aus Mißverstand der Sache, hier und da schon für den Fall festgesetzt wurde, daß die männliche Nachkommenschaft der Brüder ausgestorben wäre, ward der berühmte Streit über den Vorzug der sogenannten Regredienterben vor der Erbtochter herbeigeführt, welcher Vorzug jedoch nur dann anzunehmen ist, wenn entschieden die Hausgesetze denselben verordnen. Aus der angeführten Fassung des Vorbehalts in dem einen oder andern Verzicht kann darauf noch nicht geschlossen werden, vielmehr ist derselbe einfacher dahin zu erklären, daß die Verzichtende ihre Ansprüche auf das Stammgut für den Fall sichern wollte, wenn zur Zeit der eröffneten Nachfolge kein Mannsstamm und auch keine näher verwandte Person weiblicher Linie vorhänden wäre, ohne aber, was ihr ohnedem gar nicht zustand, die Erbfolge in der Familie und daher auch den Vorzug der Erbtochter, sei es in der Stamm- oder übrigen Verlassenschaft, abzuändern.

139) Näheres hierüber s. bei Beseler, Erbverträge II, 2. S. 299. Vergl. Eichhorn, Stats- und Rechtsgeschichte III. §. 454.

Digitized by Google

## VII.

### Das k. preußische und das k. württembergische Justizministerium über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege.

#### Nebst einigen Worten für gemischte Gerichte

von Reyscher.

---

Diese Zeitschrift hat zwar die Lehre vom Verfahren zunächst nicht in ihren Kreis gezogen; gleichwohl sollten Gegenstände hieraus insoferne berücksichtigt werden, als sie mit dem Endzweck der Zeitschrift, Beförderung einer deutschen Rechtswissenschaft, unmittelbar zusammenhängen (Bd. I. S. 9). Ein Gegenstand dieser Art ist die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, wie überhaupt jede Anstalt, wodurch das Volk zur Theilnahme an der Rechtspflege wieder herangebildet und das Recht selbst zu seiner wahren Quelle, den Sitten und dem gesunden Sinne des Volks, zurückgeführt wird.

Nach der Art, wie noch vor wenigen Jahren die Sache angefaßt wurde, hätte man glauben sollen, daß das öffentlich mündliche Verfahren mindestens in Strafsachen vor der Thüre sei. Insbesondere schienen diejenigen Staaten (Preußen, Baiern, Hessen-Darmstadt), welche einzelne Bestandtheile in sich haben, denen das französische Gerichtsverfahren bei ihrer Rückkehr an Deutschland gelassen worden, geneigt, die Grundlagen jenes Verfahrens in einer auch für ihre übrigen Landestheile angemessenen Weise auszuführen und dadurch einerseits die Besorgniß der neuen Lande, es möchte dasselbe preisgegeben werden, andererseits die Eifersucht der alten Lande zu heben, welche in volksthümlichen Einrichtungen nicht zurückstehen wollten.

Das Gutachten einer königlich preußischen Immediat-Justiz-Commission (besonders gedruckt 1819) hatte sich nicht blos für diese

Digitized by Google

beiden Grundsätze, sondern auch für die Geschwornen-Gerichte ausgesprochen. Der Appellationsgerichts-Präsident v. Feuerbach, welcher im Frühjahr und Sommer 1821 mit Unterstützung Seiner Königlichen Majestät von Baiern eine juridische Beobachtungsreise nach Paris, Brüssel und in einige Rheinprovinzen machte, hat zwar an dem französischen Verfahren mit Recht sehr Vieles zu tadeln gefunden; allein, was er tadelt, ist nicht der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, wofür er sich schon früher ausgesprochen hatte, auch nicht das Geschwornen-Gericht an sich, von dem er sagt, daß es in England die Probe längst bestanden habe, sondern die Art der Anwendung, welche von all' diesem in Frankreich gemacht worden [1]).

Es schien hiernach allerdings das öffentlich mündliche Verfahren vor dem seit Einführung des kanonischen Rechts in den bürgerlichen Gerichten allmälig zur Regel gewordenen heimlich schriftlichen den Vorzug zu verdienen, und die Aufgabe diese zu sein: jenes Verfahren in Uebereinstimmung mit dem Geiste des deutschen *Volks* und seines eigenen Rechts zu bringen. Schon Senkenberg [2]) sagt hierüber:

> Man sollte glauben, daß die alte Gerichtsverfassung derer mittleren Zeiten, da die Gelehrsamkeit damals auf schlechtem Fuß stunde, unordentlich gewesen sey. Also denken *diejenige*, welche bey denen Gerichtspersonen, um das *Gericht* zu pflegen, eine Menge Latein und Griechisch, samt einer Heerde von rechtlichen mit aller Zier- und Unzierlichkeit geschriebenen Büchern, eine ziemliche Verweilung auf Universitäten, einen rothen Doctorhut, ja weiß nicht was vor Wissenschaften voraussetzen. Unsere Alte waren kürzer. Sie braucheten, wie die Soldaten, weniger Artickel und die gesunde Vernunft. Ihr Rechtsverfahren ware durch diese, und die darauf gefolgte Gewohnheit, sehr weislich eingerichtet u. s. w.

In neuerer Zeit haben sich die Freunde des deutschen Rechts mehrfach mit Untersuchungen über das altdeutsche Gerichtsverfahren

1) Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs mit besonderer Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Giessen 1825.

2) Abhandlung über die kaiserl. Gerichtsbarkeit, Vorr. S. VII.

Digitized by Google

beschäftigt, und ihre Untersuchungen haben die Bemerkung Senkenbergs bestätigt. Namentlich ward eine von der königlich baierischen Akademie der Wissenschaften gestellte Preisfrage über das altdeutsche und insbesondere altbaierische öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsfällen von dem jetzigen Reichsrath von Maurer in München (damals Staatsprokurator bei dem rheinbaierischen Bezirksgerichte in Frankenthal) gelöst und hierbei nicht blos das Alter jener Einrichtung, sondern auch in der Hauptsache deren Zweckmäßigkeit überzeugend nachgewiesen [3]).

Indessen ist obige Aufgabe keine geringe. In bürgerlichen Streitsachen setzt sich ihr als Hinderniß der traurige Zustand unseres Civilrechts entgegen, das mit seinen unendlichen Streitfragen und mit seiner undeutschen Grundlage und Behandlungsweise die Rechtspflege fast nothwendig in die Schriftlichkeit und Heimlichkeit hinabzieht. In Strafsachen ist zwar dieses Hinderniß von weniger Gewicht: denn hier hatten wir seit dem 16. Jahrhundert doch ein deutsches Gesetzbuch, das freilich aus dem römischen Recht bis auf die neueste Zeit ergänzt und erklärt wurde; und jetzt wird bald jedes deutsche Land einen eigenen Strafcoder haben (in summa die deutschen Bundesstaaten 38), der wenigstens in deutscher Sprache verfaßt, und aus deutschen Theorien entlehnt ist. Allein hier treten dann andere Bedenken ein, namentlich inwiefern die Oeffentlichkeit für den Zweck der Untersuchung und die Sittlichkeit der Umstehenden ersprießlich sei? Ob es möglich, eine bis in das Einzelne ausgebildete Gesetzgebung, welche großentheils nicht aus Volksbegriffen, sondern aus künstlich wissenschaftlichen Lehrsätzen zusammengesetzt ist, der gemeinen Anschauung näher zu bringen? Unsere Absicht ist nicht, diese und andere sehr schwierigen Fragen einer neuen Untersuchung zu unterwerfen, sondern die fast gleichzeitigen Aeußerungen zweier hohen Staatsstellen mitzutheilen, welche, so wenig übereinstimmend

3) Geschichte des altgermanischen und namentlich altbaierischen öffentlich mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824. Das mündliche Anklageverfahren vor einem Schwur- oder Schöffengerichte, nach vorläufiger Untersuchung durch die Polizeibehörde, hat kürzlich noch aus der Landesordnung des kurpfälzischen Fürstenthums Oberbaiern von 1606 Thl. V. nachgewiesen der k. bairische Ministerialrath v. Fink in den Verh. der bair. Akademie vom Dez. 1841.



Digitized by Google

gut von dem Ansidel, daß, während die Töchter auf diesen gar kein Recht hatten, den Stammgutsfolgern dagegen die Pflicht zu standesmäßiger Ausstattung der Töchter obliegt, und diese Ausstattung, als gleichfalls in der Vorsorge des Stifters begriffen, in der Eigenschaft einer Reallast auf dem Gute haftet.

Wenn wir nun aber die Stammgutsfolge von der Folge im gemeinen Erbe trennen und nothwendig trennen müssen, so ergibt sich daraus für die Lehre von den Erbverzichten der wichtige Unterschied, daß es dort eines Verzichts nicht bedarf, und wenn er gefordert wird, dieser blos die Erfüllung einer leeren Förmlichkeit zum Zwecke hat (uneigentlicher Verzicht), während hier der Verzicht allerdings von thatsächlicher Bedeutung ist. Für den Verzicht in dieser letztern und eigentlichen Beziehung, das heißt für den Verzicht auf die gemeine Erbschaft (eigentlichen Verzicht) sind wir nun aber genöthigt, erst einen leitenden Rechtsgrund aufzusuchen und zwar einen Rechtsgrund, der von dem des uneigentlichen Erbverzichts verschieden ist. Eine Nothwendigkeit, auch auf das gemeine Erbe zu verzichten, hat uns die Geschichte der Erbverzichte nicht gezeigt, wohl aber ein Erbrecht der Töchter, und da kein Berechtigter in der Regel genöthigt ist, seinem Rechte zu entsagen, so erscheint der Verzicht in dieser Ausdehnung, in welcher er am häufigsten vorkommt, als Sache freier Beliebung (res merae facultatis). Daher erklärt sich, daß, ein so guter Grund auch vorhanden war, für den einen Verzichtsgegenstand, das Stammerbe, die Unfreiwilligkeit des Verzichts zu behaupten, doch wegen der regelmäßigen Beimischung des anderen die Ansicht von Freiwilligkeit desselben praktisch überwog und auch hinter den Gründen und Vorkehrungen für die erstere Ansicht nicht undeutlich durchschimmerte.

Die neueren Staatsgesetzgebungen gehen nun auch davon aus, daß die weibliche Nachkommenschaft von den Stamm- oder Fideicommißgütern von selbst ausgeschlossen sei [131]), ja zum Theil in der Ausdehnung, daß nach Erlöschung des Mannsstamms auch in den sofort berechtigten weiblichen Linien die männliche Geschlechtsfolge wieder eintreten solle [132]). Der Verzicht auf das Stammgut ist

131) Preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 4. §. 189.

132) Oestr. Gesetzbuch §. 626. Nach preuß. Landrecht a. a. O. §. 190. nur, wenn das Fideicommiß als ein subsidiär-cognatisches vom

Digitized by Google

hiernach nicht nothwendig zu Begründung des Ausschlusses; der Verzicht auf die übrige Erbschaft des Vaters, der Mutter u. s. w. aber steht unter der allgemeinen Regel der Erbverträge [133]), ist also freiwillig und keine erzwingbare Handlung. Jene neueren Gesetze bestätigen also den Unterschied, welchen wir oben gemacht haben.

Nach allem Bisherigen glaube ich meine Ansicht über das Erbrecht der adelichen Töchter, so wie über den Umfang und die Bedeutung der Töchter-Verzichte im Allgemeinen dahin abgeben zu können:

1) Die adelichen Töchter sind in der Regel nur von der Nachfolge im Stammgute ausgeschlossen; dieser Ausschluß folgt aus dem Begriff des Stammguts von selbst und findet statt, auch ohne vorausgegangenen Verzicht, und zwar nicht blos zum Besten der Brüder, sondern auch der übrigen Verwandten vom Mannsstamm (der sogenannten Agnaten oder Stammvetter), soweit solche von den Stiftern des Stammguts abstammen oder in der Stiftung ausdrücklich bedacht sind. Die Stammgutseigenschaft kann aber aus dem Vorkommen von Töchter-Verzichten allein nicht geschlossen werden [134]). Ist es zweifelhaft, ob die Güter, um deren Beerbung es sich handelt, zu den Stammgütern gehören, so spricht die Vermuthung gegen die Stammgutseigenschaft [135]). Von dem übrigen väterlichen oder brüderlichen Erbe, so wie von der mütterlichen und schwesterlichen Erbschaft sind die adelichen Töchter nur ausgeschlossen, sofern verbindliche Familiengesetze ihnen im Wege stehen oder sie darauf besonders verzichtet haben. Dieser Ausschluß findet aber

---

Stifter erklärt ist, ohne eine besondere Successionsordnung für die kognatische Folge vorgeschrieben zu haben.

133) Obgleich nach dem östr. Gesetzbuch §. 602 Erbverträge blos unter den Ehegatten gültig seyn sollen, wird doch der Erbverzicht allgemein gestattet, das. §. 551. Das preuß. Landrecht I, 12. §. 650 gestattet zwar Erbverzichte zu Gunsten eines Dritten nur alsdann, wenn der Erblasser dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitritt. Doch findet diese Vorschrift auf Familienverträge, welche sonst gültig geschlossen sind, keine Anwendung. Das. §. 655.

134) S. oben S. 296. v. Salza und Lichtenau von Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen §. 16.

135) Kerner, reichsritterschaftliches Landrecht S. 96.

Digitized by Google

im Zweifel nur Statt zu Gunsten der Brüder und Bruderssöhne, nicht auch der entfernteren Mannsverwandten.

2) Die Töchter-Verzichte setzen im Zweifel ein anerkanntes Erbrecht voraus, wie andere Erbverzichte, sind also freiwillige und eigentliche Verzichte. Daher kann eine Tochter, welche nicht verzichtet hat, in der Regel nur von dem Stammgute, nicht aber von der gemeinen Erbschaft ausgeschlossen werden. Daraus folgt weiter, daß die Töchter-Verzichte, wie die Rechtslehrer sich ausdrücken, strictissimi juris sind, das heißt, wörtlich erklärt werden müssen. Es darf also nicht von dem Verzicht auf ein Erbe auf das Aufgeben eines andern (de re ad rem) geschlossen werden; wie denn z. B. daraus, daß auf väterliche und mütterliche Erbschaft verzichtet worden, noch nicht folgt, daß auch die brüderliche Erbschaft, oder gar die des Oheims, inbegriffen sei [136]). Hat jedoch eine Tochter im Allgemeinen auf väterliche Erbschaft Verzicht gethan, so ist darunter im Zweifel die ganze Erbschaft und zwar vorzugsweise die fahrende Habe und das neu erworbene Gut, worauf die Tochter ein Erbrecht hatte, zu verstehen. Ebenso ist unter dem Verzicht auf „Lehen und Erbe" im Zweifel die bewegliche Verlassenschaft mitbegriffen [137]). Aus der bloßen Verzichtsgewohnheit kann die Nothwendigkeit des Verzichts, das heißt die Verbindlichkeit der Töchter, sich mit einer standesmäßigen Ausstattung zu begnügen, nicht geschlossen werden. Dagegen möchte die Thunlichkeit, durch ein Familiengesetz diese Verbindlichkeit festzusetzen, nicht mit Eichhorn [138]) auf den hohen Adel zu beschränken, sondern auch auf den vormals reichsritterschaftlichen Adel zu erstrecken sein, sofern dieser dem ersteren durch den Art. 14 der Bundesacte hinsichtlich des Rechts der Selbstsetzung (Autonomie) im Wesentlichen gleichgestellt ist.

3) Zweck des Erbverzichts ist der Regel nach die Erhaltung

136) S. Tübinger Consilium in Betreff eines Falls aus Franken bei Schilter tract. praec. tom. II. p. 250 und die dort Angeführten; ferner: Cramer opusc. tom. III. §. 101. Nro. 4. §. 102. Desselben observat. jur. univers. tom. I. obs. 23. §. 2. p. 63.

137) Anderer Ansicht J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 159. Nro. 25.

138) Einleitung in das Privatrecht §. 349.

Digitized by Google

und Emporbringung des adelichen Stammes und Namens. Es liegt also demselben im Zweifel eine Freigebigkeit von Seite der Verzichtenden und zwar eine Schenkung zu einem bestimmten Zwecke (donatio sub modo) zu Grunde, daher das Geschäft nicht aus dem Grunde der Verletzung über die Hälfte oder wegen Verletzung des Pflichttheils angegriffen werden kann. Daraus folgt aber nicht, daß der Verzicht auch zu Gunsten entfernterer Mannsverwandten, als welche darin genannt sind, zu deuten ist: denn nicht nur kann jener Zweck, wie jeder andere modus (sunt certi denique fines) seine Grenzen haben, sondern es ist auch bekannten Rechtens, daß die Liberalität einer Handlung über die Bestimmung des Handelnden nicht ausgedehnt werden darf. Man wird vielmehr unterscheiden müssen: worauf verzichtet worden? Ist der Gegenstand des Verzichts das Stammgut, so folgt schon aus der Natur dieses Guts, daß die Töchter von der Folge durch die Nachkommen vom Mannsstamme überhaupt oder in gewissen Linien, bei welchen sich das Stammgut gebildet hat, ausgeschlossen sind. Sollte daher der Verzicht auch blos zu Gunsten der Brüder lauten, so würde dieß der Stammgutsfolge der übrigen Mannsverwandten keinen Eintrag thun. Geht dagegen der Verzicht auf das gemeine Erbe, so ist im Zweifel anzunehmen, daß derselbe blos das Beste des Mannsstamms in den Linien der Brüder bezwecke.

4) Die Wirkung des Verzichts ist im Zweifel der gänzliche Verlust des zuständigen Erbrechts, so daß die Verzichtende aus dem Grunde der gesetzlichen Erbfolge an die betreffende Verlassenschaft keinen Anspruch machen kann, aber auch zu einer Einwerfung des Erhaltenen gegen die wirklichen Erben nicht verpflichtet ist. Der Anfall durch letzten Willen oder Erbvertrag ist dadurch nicht ausgeschlossen. Ebenso steht es zu der Verzichtenden, ihre Entsagung an eine Bedingung zu knüpfen, welche aber nur dann wirksam ist, wenn das Erbrecht in Wahrheit zuständig war, also nicht auch bei dem Verzicht auf das Stammgut, worauf die Tochter ohnedieß kein Recht hatte.

Damit hängt zusammen der Vorbehalt des Erbrechts „auf ledigen Anfall", welcher auf den ersten Anblick nichts Anderes zu sein scheint, als eine auflösende Bedingung, beigefügt für den Fall des Aussterbens desjenigen Zweigs der Familie, zu dessen Gunsten verzichtet worden. Dieser Fall wird darum lediger Anfall genannt,

Digitized by Google

weil der Rückfall der verzichteten Erbschaft oder der Regreß zu derselben davon abhängig ist [139]. Keineswegs wollten aber die Töchter ursprünglich durch diesen Vorbehalt ihren Verzicht beschränken, ihm eine Bedingung beifügen in der Absicht, die Brüder und deren Nachkommen die Vortheile desselben nicht vollständig genießen zu lassen, sondern es sollte dadurch nur den Verzichttöchtern und ihren Nachkommen ihr natürliches, wenn schon wirksam aufgegebenes, Erbrecht unter der Voraussetzung geschützt werden, daß der Verzicht kein praktisches Interesse mehr darbieten sollte, weil diejenigen, zu deren Gunsten verzichtet worden, nicht mehr am Leben sind. Dadurch daß der ledige Anfall, aus Mißverstand der Sache, hier und da schon für den Fall festgesetzt wurde, daß die männliche Nachkommenschaft der Brüder ausgestorben wäre, ward der berühmte Streit über den Vorzug der sogenannten Regredienterben vor der Erbtochter herbeigeführt, welcher Vorzug jedoch nur dann anzunehmen ist, wenn entschieden die Hausgesetze denselben verordnen. Aus der angeführten Fassung des Vorbehalts in dem einen oder andern Verzicht kann darauf noch nicht geschlossen werden, vielmehr ist derselbe einfacher dahin zu erklären, daß die Verzichtende ihre Ansprüche auf das Stammgut für den Fall sichern wollte, wenn zur Zeit der eröffneten Nachfolge kein Mannsstamm und auch keine näher verwandte Person weiblicher Linie vorhanden wäre, ohne aber, was ihr ohnedem gar nicht zustand, die Erbfolge in der Familie und daher auch den Vorzug der Erbtochter, sei es in der Stamm- oder übrigen Verlassenschaft, abzuändern.

---

139) Näheres hierüber s. bei Beseler, Erbverträge II, 2. S. 299. Vergl. Eichhorn, Stats- und Rechtsgeschichte III. §. 454.

Digitized by Google

# VII.

## Das k. preußische und das k. württembergische Justizministerium über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege.

### Nebst einigen Worten für gemischte Gerichte

von Reyscher.

---

Diese Zeitschrift hat zwar die Lehre vom Verfahren zunächst nicht in ihren Kreis gezogen; gleichwohl sollten Gegenstände hieraus insoferne berücksichtigt werden, als sie mit dem Endzweck der Zeitschrift, Beförderung einer deutschen Rechtswissenschaft, unmittelbar zusammenhängen (Bd. I. S. 9). Ein Gegenstand dieser Art ist die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, wie überhaupt jede Anstalt, wodurch das Volk zur Theilnahme an der Rechtspflege wieder herangebildet und das Recht selbst zu seiner wahren Quelle, den Sitten und dem gesunden Sinne des Volks, zurückgeführt wird.

Nach der Art, wie noch vor wenigen Jahren die Sache angefaßt wurde, hätte man glauben sollen, daß das öffentlich mündliche Verfahren mindestens in Straffachen vor der Thüre sei. Insbesondere schienen diejenigen Staaten (Preußen, Baiern, Hessen-Darmstadt), welche einzelne Bestandtheile in sich haben, denen das französische Gerichtsverfahren bei ihrer Rückkehr an Deutschland gelassen worden, geneigt, die Grundlagen jenes Verfahrens in einer auch für ihre übrigen Landestheile angemessenen Weise auszuführen und dadurch einerseits die Besorgniß der neuen Lande, es möchte dasselbe preisgegeben werden, andererseits die Eifersucht der alten Lande zu heben, welche in volksthümlichen Einrichtungen nicht zurückstehen wollten.

Das Gutachten einer königlich preußischen Immediat-Justiz-Commission (besonders gedruckt 1819) hatte sich nicht blos für diese

Digitized by Google

beiden Grundsätze, sondern auch für die Geschwornen-Gerichte ausgesprochen. Der Appellationsgerichts-Präsident v. Feuerbach, welcher im Frühjahr und Sommer 1821 mit Unterstützung Seiner Königlichen Majestät von Baiern eine juridische Beobachtungsreise nach Paris, Brüssel und in einige Rheinprovinzen machte, hat zwar an dem französischen Verfahren mit Recht sehr Vieles zu tadeln gefunden; allein, was er tadelt, ist nicht der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, wofür er sich schon früher ausgesprochen hatte, auch nicht das Geschwornen-Gericht an sich, von dem er sagt, daß es in England die Probe längst bestanden habe, sondern die Art der Anwendung, welche von all' diesem in Frankreich gemacht worden [1]).

Es schien hiernach allerdings das öffentlich mündliche Verfahren vor dem seit Einführung des kanonischen Rechts in den bürgerlichen Gerichten allmälig zur Regel gewordenen heimlich schriftlichen den Vorzug zu verdienen, und die Aufgabe diese zu sein: jenes Verfahren in Uebereinstimmung mit dem Geiste des deutschen Volks und seines eigenen Rechts zu bringen. Schon Senkenberg [2]) sagt hierüber:

> Man sollte glauben, daß die alte Gerichtsverfassung derer mittleren Zeiten, da die Gelehrsamkeit damals auf schlechtem Fuß stunde, unordentlich gewesen sey. Also denken diejenige, welche bey denen Gerichtspersonen, um das Gericht zu pflegen, eine Menge Latein und Griechisch, samt einer Heerde von rechtlichen mit aller Zier- und Unzierlichkeit geschriebenen Büchern, eine ziemliche Verweilung auf Universitäten, einen rothen Doctorhut, ja weiß nicht was vor Wissenschaften voraussetzen. Unsere Alte waren kürzer. Sie braucheten, wie die Soldaten, weniger Artickel und die gesunde Vernunft. Ihr Rechtsverfahren ware durch diese, und die darauf gefolgte Gewohnheit, sehr weislich eingerichtet u. s. w.

In neuerer Zeit haben sich die Freunde des deutschen Rechts mehrfach mit Untersuchungen über das altdeutsche Gerichtsverfahren

---

1) Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs mit besonderer Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Giessen 1825.

2) Abhandlung über die kaiserl. Gerichtsbarkeit, Vorr. S. VII.

Digitized by Google

beschäftigt, und ihre Untersuchungen haben die Bemerkung Senkenbergs bestätigt. Namentlich ward eine von der königlich baierischen Akademie der Wissenschaften gestellte Preisfrage über das altdeutsche und insbesondere altbaierische öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsfällen von dem jetzigen Reichsrath von Maurer in München (damals Staatsprokurator bei dem rheinbaierischen Bezirksgerichte in Frankenthal) gelöst und hierbei nicht blos das Alter jener Einrichtung, sondern auch in der Hauptsache deren Zweckmäßigkeit überzeugend nachgewiesen [3]).

Indessen ist obige Aufgabe keine geringe. In bürgerlichen Streitsachen setzt sich ihr als Hinderniß der traurige Zustand unseres Civilrechts entgegen, das mit seinen unendlichen Streitfragen und mit seiner undeutschen Grundlage und Behandlungsweise die Rechtspflege fast nothwendig in die Schriftlichkeit und Heimlichkeit hinabzieht. In Strafsachen ist zwar dieses Hinderniß von weniger Gewicht: denn hier hatten wir seit dem 16. Jahrhundert doch ein deutsches Gesetzbuch, das freilich aus dem römischen Recht bis auf die neueste Zeit ergänzt und erklärt wurde; und jetzt wird bald jedes deutsche Land einen eigenen Strafcoder haben (in summa die deutschen Bundesstaaten 38), der wenigstens in deutscher Sprache verfaßt, und aus deutschen Theorien entlehnt ist. Allein hier treten dann andere Bedenken ein, namentlich inwiefern die Oeffentlichkeit für den Zweck der Untersuchung und die Sittlichkeit der Umstehenden ersprießlich sei? Ob es möglich, eine bis in das Einzelne ausgebildete Gesetzgebung, welche großentheils nicht aus Volksbegriffen, sondern aus künstlich wissenschaftlichen Lehrsätzen zusammengesetzt ist, der gemeinen Anschauung näher zu bringen? Unsere Absicht ist nicht, diese und andere sehr schwierigen Fragen einer neuen Untersuchung zu unterwerfen, sondern die fast gleichzeitigen Aeußerungen zweier hohen Staatsstellen mitzutheilen, welche, so wenig übereinstimmend

---

3) Geschichte des altgermanischen und namentlich altbaierischen öffentlich mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824. Das mündliche Anklageverfahren vor einem Schwur- oder Schöffengerichte, nach vorläufiger Untersuchung durch die Polizeibehörde, hat kürzlich noch aus der Landesordnung des kurpfälzischen Fürstenthums Oberbaiern von 1606 Thl. V. nachgewiesen der k. bairische Ministerialrath v. Fink in den Verh. der bair. Akademie vom Dez. 1841.



Digitized by Google

sie auch sind, gleichwohl das Bestreben beurkunden, dem Verlangen nach einer offenen Rechtspflege in etwas nachzugeben.

1.

Der Generalbericht des Justiz-Ministers Mühler über die Justiz-Verwaltung in den sämmtlichen Provinzen der preußischen Monarchie, mit Ausnahme des Fürstenthums Neufchatel (Neuenburg), für das Jahr 1839, erstattet an Seine Majestät den König, enthält folgende bemerkenswerthe Stelle [4]):

Für eine Aenderung im Untersuchungsverfahren erheben sich die Stimmen immer lauter.

So wie das mündliche Verhandeln in Gegenwart der Richter bei Civilsachen immer mehr Eingang und Würdigung findet, so treten auch vielseitig Wünsche hervor, daß das Verfahren in Untersuchungssachen in ähnlicher Art umgestaltet und der Angeschuldigte zum mündlichen Verhör vor den Richtern, die über ihn urtheilen sollen, gelangen möge. Man hält dies wenigstens bei einer gewissen Klasse von Verbrechen, namentlich den minder schweren, für sehr zweckmäßig; ein abgekürztes Verfahren für die Untersuchung der geringern Vergehen aber sogar für nothwendig.

Andeutungen, daß der Wunsch nach einem abgekürzten Strafverfahren allgemein sei, habe ich mir bereits in meinem Generalberichte für das Jahr 1836 zu geben erlaubt, mit dem Bemerken, daß er seine völlige Berücksichtigung erst werde finden können, wenn die Revision des materiellen Strafrechts zu einem festen Resultate gediehen sein werde.

Nachdem diese Revision nunmehr die allgemeinen Theile des Strafrechts durchschritten hat, dürfte es an der Zeit sein, auch die Idee eines abgekürzten Untersuchungsverfahrens wieder aufzunehmen und die Veränderung vorzubereiten.

---

4) Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, 114. Heft. Berlin 1841. S. 374.

Digitized by Google

Mit Ueberzeugung theile ich die Ansicht, daß ein wesentlicher Vorschritt für das Untersuchungsverfahren gethan würde, wenn die Untersuchung in ihren Hauptmomenten vor den, das Urtheil sprechenden Richtern geführt werden, wenn die Richter den Angeschuldigten und die Zeugen selbst sehen und hören könnten. Außer der Abkürzung, welche der Gang des in den Formen der Kriminal-Ordnung oft langwierigen und deshalb kostspieligen Verfahrens gewinnen würde, stellt sich hauptsächlich das Vertrauen, welches sich im Angeschuldigten, wie im Publikum durch die eigene Wahrnehmung, daß und wie die Richter von den Thatsachen, auf die es ankommt, unterrichtet werden, gründlich befestigen muß, als ein für die Zwecke der Kriminalrechtspflege höchst wichtiger Vortheil hin. Ein solches, von dem bisherigen abweichendes Untersuchungsverfahren wird, wie sich nicht verkennen läßt, theils in der Verfassung der Gerichtsbehörden, theils in andern Verhältnissen einige Schwierigkeiten antreffen. Dennoch ist die Einführung desselben, wenigstens in einer gewissen Beschränkung, und namentlich für die minder schweren Verbrechen, sehr wohl möglich. Die Hindernisse lassen sich beseitigen und die Aenderung wird selbst ohne erhebliche Mehrkosten für die Staatskassen geschehen können. Es bedarf jedoch dazu eines neuen Instituts, ohne welches das mündliche Verfahren in Untersuchungssachen seinem innersten Wesen nach nicht bestehen kann, d. i.

ein öffentliches Ministerium.

Das öffentliche mündliche Verfahren vor den Richtern bedingt den Anklageprozeß, dieser macht ein Organ der Staatsgewalt unentbehrlich.

Unter den gegenwärtigen Verhältnissen zeigt sich aber die Errichtung eines öffentlichen Ministeriums sehr leicht



Digitized by Google

ausführbar. Die Geschäfte haben sich bei den meisten Obergerichten vermindert. Es wird sich bewerkstelligen lassen, daß bei jedem Obergericht ein Rath das Amt eines Staatsanwaltes übernimmt, welchem aus der Zahl der unbesoldeten Assessoren Gehülfen beigeordnet werden können. Der Staatsanwalt könnte auch die Wahrnehmung des fiskalischen Interesses bei Prozessen, in welchen Fiskus Partei ist, übertragen erhalten, vielleicht noch andere Funktionen, die das öffentliche Interesse berühren, und die gegenwärtig unzweckmäßig in dem Amte des Richters begriffen sind.

In ähnlicher Art würde sich bei den größeren Untergerichten ein Ausweg finden lassen, wie eine Vertretung der Staatsgewalt bei den mündlichen Untersuchungsverhandlungen einzurichten sei.

Die Zunahme der Verbrechen fordert zu Maaßregeln auf, die ihr entgegenwirken. Die kräftigsten bestehen in schneller Untersuchung und Strafvollstreckung. Sie kann nur erreicht werden, wenn die bei Vermehrung der Arbeit unzureichenden Arbeitskräfte verstärkt, oder neue Formen der Untersuchung eingeführt werden, welche schneller und mit Erleichterung für die Beamten zum Ziele führen.

Ew. Königliche Majestät bitte ich in tiefster Ehrfurcht,

Allergnädigst zu gestatten, daß Allerhöchstdenselben Vorschläge zur Einführung des mündlichen Verfahrens in Untersuchungssachen mit Anklageprozeß und Voruntersuchung durch einen Instruktionsrichter,

und

zur Errichtung eines öffentlichen Ministeriums vorgelegt werden dürfen.

Die aus der Rheinprovinz über die Nachtheile der durch die Allerhöchsten Kabinets-Ordres vom 6. März 1821 und 2. August 1834 erfolgten theilweisen Einführung der preu-

Digitized by Google

ßischen Strafgesetze für gewisse Arten von Verbrechen, namentlich die Verbrechen gegen den Staat und dessen Oberhaupt, so wie für die Beamtenvergehen, erhobenen Klagen sind schon zu Ew. Königlichen Majestät Kenntniß gelangt. Allerhöchstdieselben haben durch die Ordre vom 3. August d. J. eine Prüfung dieses Gegenstandes und, wenn es erforderlich erscheint, schleunige Abhülfe zu befehlen geruht.

Es ist bemerkenswerth, wie sehr sich in der Rheinprovinz die Ueberzeugung von den Vorzügen des dortigen Strafverfahrens ausspricht, während in den alten Provinzen die Stimmen für eine Reform des preußischen Untersuchungs-Prozesses nach Aehnlichkeit des rheinischen Verfahrens immer lauter werden. Es zeigt sich hierin eine Uebereinstimmung der Ansichten, welche auf ein begründetes Bedürfniß des Volkes hinführt und zu beweisen scheint, daß diesem die Form des preußischen Untersuchungsverfahrens nicht mehr entspricht.

Abweichend von diesen Anträgen ist von dem königlich preußischen Justizministerium für die Gesetzes-Revision (Minister v. Kamptz) in dem revidirten Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die preußische Staaten [5]) die bisherige Verfassung für die Behandlung von fiskalischen und Criminalsachen beibehalten worden, wonach die Entscheidung bei den wichtigeren Verbrechen sowohl gegen Eximirte, als gegen Nichteximirte den Obergerichten zusteht und nur ausnahmsweise die Entscheidung bei minder wichtigen Verbrechen der nicht befreiten Personen den collegialischen Untergerichten überlassen ist (§. 10. 15). Eine Criminalsache ist vorhanden, wenn die zur Untersuchung gezogene That mit Todesstrafe, Freiheitsstrafe über 4 Jahre, Kassation oder Landesverweisung; eine

5) Nebst Motiven gedruckt Berlin 1841. Es war mir nicht möglich, den Entwurf selbst noch zu erhalten; was über den Inhalt oben mitgetheilt ist, gründet sich auf einen Auszug der preußischen Staatszeitung, welcher von da aus in andere Blätter übergegangen ist.

Digitized by Google

fiskalische Sache, wenn die That mit Freiheitsstrafe über 6 Wochen, Amtsentsetzung, Degradation, Verlust gewerblicher oder Ehrenrechte, Orts- oder Bezirksverweisung oder Geldbuße über 50 Thlr. zu bestrafen ist. Das Criminalverfahren unterscheidet sich von dem fiskalischen Verfahren nach dem Entwurf hauptsächlich nur dadurch, daß dort ein artikulirtes Verhör am Schlusse der Untersuchung in Gegenwart des Vertheidigers nothwendig ist, während hier jenes Verhör wegfällt und die Gegenwart des Vertheidigers im Schlußtermin zwar gestattet, aber nicht vorgeschrieben ist. Auch das Criminalverfahren soll künftig rein inquisitorisch bleiben; der Anklageprozeß und ein öffentliches Ministerium werden nicht für zuträglich erachtet. In Criminal- und fiskalischen Untersuchungen sollen dagegen zum Schlußverhöre, zum Verhöre und zur Verhandlung über den Widerruf eines gerichtlich abgelegten Geständnisses, zur Confrontation des Angeschuldigten mit Mitschuldigen oder Zeugen, oder der letzteren mit einander und zu Verhandlungen über die Aufnahme des Beweises und insonderheit über die Vernehmung der Zeugen, außer dem Richter und dem Protokollführer, jedesmal ein zweites Gerichtsmitglied oder ein Referendarius, oder in deren Ermangelung zwei ehrenhafte, des öffentlichen Vertrauens würdige Männer als Gerichtsbeisitzer zugezogen werden (§. 26 sq.) [6].

Für das Verfahren in Criminalsachen sind noch folgende Bestimmungen beantragt. In dem angeordneten Schlußverhöre müssen dem Angeschuldigten über alle erhebliche einzelne Umstände nochmals spezielle, vor dem Verhöre zu entwerfende Fragen vorgelegt werden (§. 284). Die Bestellung eines Vertheidigers muß schon vor dem Schlusse der Untersuchung erfolgen und der Vertheidiger beim Zeugenverhöre und Schlußverhöre gegenwärtig seyn (§§. 214. 288. 291); ihm müssen überhaupt alle erhebliche Verhandlungen mitgetheilt werden. Wenn das dem Inquisiten zur Last gelegte Verbrechen mit Todesstrafe oder mit zehn- oder mehrjähriger Freiheitsstrafe belegt, oder der Inquisit noch nicht sechzehn Jahre alt ist, so ist eine Verzichtleistung auf den Vertheidiger unzulässig (§. 292);

---

6) Nach der gegenwärtigen Gesetzgebung ist in Criminalsachen das Gericht durch eine Gerichtsperson und einen Protokollführer oder, in Ermangelung des letzteren, zwei Gerichtsbeisitzer gehörig besetzt; in fiskalischen Sachen bedarf es nicht einmal des Protokollführers.

Digitized by Google

die Vertheidigunsschrift ist von dem Vertheidiger schriftlich einzureichen; der Inquisit kann sich außerdem selbst vertheidigen (§§. 301. 303). — Nachdem die Untersuchung geschlossen und der Vertheidigungspunkt berichtigt, werden die Akten an das erkennende Gericht eingesendet. Nach dem Vortrage des Referenten und nach dem Schlusse der hierauf folgenden Berathung findet vor Abfassung des Erkenntnisses noch eine mündliche (dem bisherigen Rechte fremde) Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte mit dem Inquisiten, den Zeugen oder anderen Personen statt: 1) wenn der Inquisit oder sein Vertheidiger auf eine solche mündliche Verhandlung angetragen hat, welche Befugniß ihm im Schlußverhöre bekannt zu machen ist; 2) wenn dem Gerichte die nochmalige Vernehmung des Inquisiten, der Zeugen oder anderer Personen nothwendig oder zweckmäßig erscheint, oder Bedenken über die Schuld oder Unschuld vorhanden sind. Im erstern Falle hängt die mündliche Verhandlung nicht von dem Ermessen des Gerichts ab, sondern muß allemal erfolgen (§§. 284. 317). Der Vertheidiger muß bei der mündlichen Verhandlung gegenwärtig seyn; dieselbe beginnt mit der Vorlesung der Relation, so weit sie die faktischen Verhältnisse betrifft; der Inquisit und der Vertheidiger sind berechtigt, darüber ihre Bedenken, so wie überhaupt Alles, was zur Sache und zur Vertheidigung gehört, vorzutragen; über diese Verhandlungen wird ein vollständiges Protokoll aufgenommen. — Nach beendetem mündlichem Verfahren erfolgt ein abermaliger, je nach dem Ergebnisse der mündlichen Verhandlung mehr oder minder ausführlicher Vortrag im Gerichtshofe (§§. 318 bis 321). Die mündliche Untersuchung der ganzen Sache, mithin die Führung der ganzen Haupt-Untersuchung vor dem erkennenden Richter, ist im Entwurf nicht angenommen, weil sie nicht nur der gründlichen und sichern Rechtsprechung nachtheilig und mit dem weitern Rechtsmittel unvereinbarlich, sondern auch ohne gänzliche Reform der bestehenden Gerichtsverfassung und ohne unerschwingliche Kosten unausführbar sei und zur Belästigung des Publikums gereiche. Auch erklärt sich der Entwurf gegen jede Oeffentlichkeit, indem er die Rechtmäßigkeit und Gründlichkeit des Verfahrens, des Gehörs des Angeschuldigten und des Erkenntnisses, nicht allein durch die Zuziehung eines zweiten Gerichtsmitgliedes oder zweier Beisitzer, so wie des Vertheidigers zu den wichtigeren Verhandlungen und durch die münd-

Digitized by Google

weil der Rückfall der verzichteten Erbschaft oder der Regreß zu derselben davon abhängig ist [139]). Keineswegs wollten aber die Töchter ursprünglich durch diesen Vorbehalt ihren Verzicht beschränken, ihm eine Bedingung beifügen in der Absicht, die Brüder und deren Nachkommen die Vortheile desselben nicht vollständig genießen zu lassen, sondern es sollte dadurch nur den Verzichttöchtern und ihren Nachkommen ihr natürliches, wenn schon wirksam aufgegebenes, Erbrecht unter der Voraussetzung geschützt werden, daß der Verzicht kein praktisches Interesse mehr darbieten sollte, weil diejenigen, zu deren Gunsten verzichtet worden, nicht mehr am Leben sind. Dadurch daß der ledige Anfall, aus Mißverstand der Sache, hier und da schon für den Fall festgesetzt wurde, daß die männliche Nachkommenschaft der Brüder ausgestorben wäre, ward der berühmte Streit über den Vorzug der sogenannten Regredienterben vor der Erbtochter herbeigeführt, welcher Vorzug jedoch nur dann anzunehmen ist, wenn entschieden die Hausgesetze denselben verordnen. Aus der angeführten Fassung des Vorbehalts in dem einen oder andern Verzicht kann darauf noch nicht geschlossen werden, vielmehr ist derselbe einfacher dahin zu erklären, daß die Verzichtende ihre Ansprüche auf das Stammgut für den Fall sichern wollte, wenn zur Zeit der eröffneten Nachfolge kein Mannsstamm und auch keine näher verwandte Person weiblicher Linie vorhanden wäre, ohne aber, was ihr ohnedem gar nicht zustand, die Erbfolge in der Familie und daher auch den Vorzug der Erbtochter, sei es in der Stamm- oder übrigen Verlassenschaft, abzuändern.

---

139) Näheres hierüber s. bei Beseler, Erbverträge II, 2. S. 299. Vergl. Eichhorn, Stats- und Rechtsgeschichte III. §. 454.

---

Digitized by Google

## VII.

# Das k. preußische und das k. württembergische Justizministerium über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege.

### Nebst einigen Worten für gemischte Gerichte

von Reyscher.

---

Diese Zeitschrift hat zwar die Lehre vom Verfahren zunächst nicht in ihren Kreis gezogen; gleichwohl sollten Gegenstände hieraus insoferne berücksichtigt werden, als sie mit dem Endzweck der Zeitschrift, Beförderung einer deutschen Rechtswissenschaft, unmittelbar zusammenhängen (Bd. I. S. 9). Ein Gegenstand dieser Art ist die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, wie überhaupt jede Anstalt, wodurch das Volk zur Theilnahme an der Rechtspflege wieder herangebildet und das Recht selbst zu seiner wahren Quelle, den Sitten und dem gesunden Sinne des Volks, zurückgeführt wird.

Nach der Art, wie noch vor wenigen Jahren die Sache angefaßt wurde, hätte man glauben sollen, daß das öffentlich mündliche Verfahren mindestens in Strafsachen vor der Thüre sei. Insbesondere schienen diejenigen Staaten (Preußen, Baiern, Hessen-Darmstadt), welche einzelne Bestandtheile in sich haben, denen das französische Gerichtsverfahren bei ihrer Rückkehr an Deutschland gelassen worden, geneigt, die Grundlagen jenes Verfahrens in einer auch für ihre übrigen Landestheile angemessenen Weise auszuführen und dadurch einerseits die Besorgniß der neuen Lande, es möchte dasselbe preisgegeben werden, andererseits die Eifersucht der alten Lande zu heben, welche in volksthümlichen Einrichtungen nicht zurückstehen wollten.

Das Gutachten einer königlich preußischen Immediat-Justiz-Commission (besonders gedruckt 1819) hatte sich nicht blos für diese

Digitized by Google

beiden Grundsätze, sondern auch für die Geschwornen-Gerichte ausgesprochen. Der Appellationsgerichts-Präsident v. Feuerbach, welcher im Frühjahr und Sommer 1821 mit Unterstützung Seiner Königlichen Majestät von Baiern eine juridische Beobachtungsreise nach Paris, Brüssel und in einige Rheinprovinzen machte, hat zwar an dem französischen Verfahren mit Recht sehr Vieles zu tadeln gefunden; allein, was er tadelt, ist nicht der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, wofür er sich schon früher ausgesprochen hatte, auch nicht das Geschwornen-Gericht an sich, von dem er sagt, daß es in England die Probe längst bestanden habe, sondern die Art der Anwendung, welche von all' diesem in Frankreich gemacht worden [1]).

Es schien hiernach allerdings das öffentlich mündliche Verfahren vor dem seit Einführung des kanonischen Rechts in den bürgerlichen Gerichten allmälig zur Regel gewordenen heimlich schriftlichen den Vorzug zu verdienen, und die Aufgabe diese zu sein: jenes Verfahren in Uebereinstimmung mit dem Geiste des deutschen Volks und seines eigenen Rechts zu bringen. Schon Senkenberg [2]) sagt hierüber:

> Man sollte glauben, daß die alte Gerichtsverfassung derer mittleren Zeiten, da die Gelehrsamkeit damals auf schlechtem Fuß stunde, unordentlich gewesen sey. Also denken diejenige, welche bey denen Gerichtspersonen, um das Gericht zu pflegen, eine Menge Latein und Griechisch, samt einer Heerde von rechtlichen mit aller Zier- und Unzierlichkeit geschriebenen Büchern, eine ziemliche Verweilung auf Universitäten, einen rothen Doctorhut, ja weiß nicht was vor Wissenschaften voraussetzen. Unsere Alte waren kürzer. Sie braucheten, wie die Soldaten, weniger Artickel und die gesunde Vernunft. Ihr Rechtsverfahren ware durch diese, und die darauf gefolgte Gewohnheit, sehr weislich eingerichtet u. s. w.

In neuerer Zeit haben sich die Freunde des deutschen Rechts mehrfach mit Untersuchungen über das altdeutsche Gerichtsverfahren

1) Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs mit besonderer Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Giessen 1825.

2) Abhandlung über die kaiserl. Gerichtsbarkeit, Vorr. S. VII.

Digitized by Google

beschäftigt, und ihre Untersuchungen haben die Bemerkung Senkenbergs bestätigt. Namentlich ward eine von der königlich baierischen Akademie der Wissenschaften gestellte Preisfrage über das altdeutsche und insbesondere altbaierische öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsfällen von dem jetzigen Reichsrath von **Maurer** in München (damals Staatsprokurator bei dem rheinbaierischen Bezirksgerichte in Frankenthal) gelöst und hierbei nicht blos das Alter jener Einrichtung, sondern auch in der Hauptsache deren Zweckmäßigkeit überzeugend nachgewiesen [3]).

Indessen ist obige Aufgabe keine geringe. In bürgerlichen Streitsachen setzt sich ihr als Hinderniß der traurige Zustand unseres Civilrechts entgegen, das mit seinen unendlichen Streitfragen und mit seiner undeutschen Grundlage und Behandlungsweise die Rechtspflege fast nothwendig in die Schriftlichkeit und Heimlichkeit hinabzieht. In Strafsachen ist zwar dieses Hinderniß von weniger Gewicht: denn hier hatten wir seit dem 16. Jahrhundert doch ein deutsches Gesetzbuch, das freilich aus dem römischen Recht bis auf die neueste Zeit ergänzt und erklärt wurde; und jetzt wird bald jedes deutsche Land einen eigenen Strafcodex haben (in summa die deutschen Bundesstaaten 38), der wenigstens in deutscher Sprache verfaßt, und aus deutschen Theorien entlehnt ist. Allein hier treten dann andere Bedenken ein, namentlich inwiefern die Oeffentlichkeit für den Zweck der Untersuchung und die Sittlichkeit der Umstehenden ersprießlich sei? Ob es möglich, eine bis in das Einzelne ausgebildete Gesetzgebung, welche großentheils nicht aus Volksbegriffen, sondern aus künstlich wissenschaftlichen Lehrsätzen zusammengesetzt ist, der gemeinen Anschauung näher zu bringen? Unsere Absicht ist nicht, diese und andere sehr schwierigen Fragen einer neuen Untersuchung zu unterwerfen, sondern die fast gleichzeitigen Aeußerungen zweier hohen Staatsstellen mitzutheilen, welche, so wenig übereinstimmend

---

3) Geschichte des altgermanischen und namentlich altbaierischen öffentlich mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824. Das mündliche Anklageverfahren vor einem Schwur- oder Schöffengerichte, nach vorläufiger Untersuchung durch die Polizeibehörde, hat kürzlich noch aus der Landesordnung des kurpfälzischen Fürstenthums Oberbaiern von 1606 Thl. V. nachgewiesen der k. bairische Ministerialrath v. **Fink** in den Verh. der bair. Akademie vom Dez. 1841.



Digitized by Google

sie auch sind, gleichwohl das Bestreben beurkunden, dem Verlangen nach einer offenen Rechtspflege in etwas nachzugeben.

1.

Der Generalbericht des Justiz-Ministers Mühler über die Justiz-Verwaltung in den sämmtlichen Provinzen der preußischen Monarchie, mit Ausnahme des Fürstenthums Neufchatel (Neuenburg), für das Jahr 1839, erstattet an Seine Majestät den König, enthält folgende bemerkenswerthe Stelle [4]):

Für eine Aenderung im Untersuchungsverfahren erheben sich die Stimmen immer lauter.

So wie das mündliche Verhandeln in Gegenwart der Richter bei Civilsachen immer mehr Eingang und Würdigung findet, so treten auch vielseitig Wünsche hervor, daß das Verfahren in Untersuchungssachen in ähnlicher Art umgestaltet und der Angeschuldigte zum mündlichen Verhör vor den Richtern, die über ihn urtheilen sollen, gelangen möge. Man hält dies wenigstens bei einer gewissen Klasse von Verbrechen, namentlich den minder schweren, für sehr zweckmäßig; ein abgekürztes Verfahren für die Untersuchung der geringern Vergehen aber sogar für nothwendig.

Andeutungen, daß der Wunsch nach einem abgekürzten Strafverfahren allgemein sei, habe ich mir bereits in meinem Generalberichte für das Jahr 1836 zu geben erlaubt, mit dem Bemerken, daß er seine völlige Berücksichtigung erst werde finden können, wenn die Revision des materiellen Strafrechts zu einem festen Resultate gediehen sein werde.

Nachdem diese Revision nunmehr die allgemeinen Theile des Strafrechts durchschritten hat, dürfte es an der Zeit sein, auch die Idee eines abgekürzten Untersuchungsverfahrens wieder aufzunehmen und die Veränderung vorzubereiten.

---

4) Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, 114. Heft. Berlin 1841. S. 374.

Digitized by Google

Mit Ueberzeugung theile ich die Ansicht, daß ein wesentlicher Vorschritt für das Untersuchungsverfahren gethan würde, wenn die Untersuchung in ihren Hauptmomenten vor den, das Urtheil sprechenden Richtern geführt werden, wenn die Richter den Angeschuldigten und die Zeugen selbst sehen und hören könnten. Außer der Abkürzung, welche der Gang des in den Formen der Kriminal-Ordnung oft langwierigen und deshalb kostspieligen Verfahrens gewinnen würde, stellt sich hauptsächlich das Vertrauen, welches sich im Angeschuldigten, wie im Publikum durch die eigene Wahrnehmung, daß und wie die Richter von den Thatsachen, auf die es ankommt, unterrichtet werden, gründlich befestigen muß, als ein für die Zwecke der Kriminalrechtspflege höchst wichtiger Vortheil hin. Ein solches, von dem bisherigen abweichendes Untersuchungsverfahren wird, wie sich nicht verkennen läßt, theils in der Verfassung der Gerichtsbehörden, theils in andern Verhältnissen einige Schwierigkeiten antreffen. Dennoch ist die Einführung desselben, wenigstens in einer gewissen Beschränkung, und namentlich für die minder schweren Verbrechen, sehr wohl möglich. Die Hindernisse lassen sich beseitigen und die Aenderung wird selbst ohne erhebliche Mehrkosten für die Staatskassen geschehen können. Es bedarf jedoch dazu eines neuen Instituts, ohne welches das mündliche Verfahren in Untersuchungssachen seinem innersten Wesen nach nicht bestehen kann, d. i.

ein öffentliches Ministerium.

Das öffentliche mündliche Verfahren vor den Richtern bedingt den Anklageprozeß, dieser macht ein Organ der Staatsgewalt unentbehrlich.

Unter den gegenwärtigen Verhältnissen zeigt sich aber die Errichtung eines öffentlichen Ministeriums sehr leicht



Digitized by Google

ausführbar. Die Geschäfte haben sich bei den meisten Obergerichten vermindert. Es wird sich bewerkstelligen lassen, daß bei jedem Obergericht ein Rath das Amt eines Staatsanwaltes übernimmt, welchem aus der Zahl der unbesoldeten Assessoren Gehülfen beigeordnet werden können. Der Staatsanwalt könnte auch die Wahrnehmung des fiskalischen Interesses bei Prozessen, in welchen Fiskus Partei ist, übertragen erhalten, vielleicht noch andere Funktionen, die das öffentliche Interesse berühren, und die gegenwärtig unzweckmäßig in dem Amte des Richters begriffen sind.

In ähnlicher Art würde sich bei den größeren Untergerichten ein Ausweg finden lassen, wie eine Vertretung der Staatsgewalt bei den mündlichen Untersuchungsverhandlungen einzurichten sei.

Die Zunahme der Verbrechen fordert zu Maaßregeln auf, die ihr entgegenwirken. Die kräftigsten bestehen in schneller Untersuchung und Strafvollstreckung. Sie kann nur erreicht werden, wenn die bei Vermehrung der Arbeit unzureichenden Arbeitskräfte verstärkt, oder neue Formen der Untersuchung eingeführt werden, welche schneller und mit Erleichterung für die Beamten zum Ziele führen.

Ew. Königliche Majestät bitte ich in tiefster Ehrfurcht,

Allergnädigst zu gestatten, daß Allerhöchstdenselben Vorschläge zur Einführung des mündlichen Verfahrens in Untersuchungssachen mit Anklageprozeß und Voruntersuchung durch einen Instruktionsrichter,

und

zur Errichtung eines öffentlichen Ministeriums vorgelegt werden dürfen.

Die aus der Rheinprovinz über die Nachtheile der durch die Allerhöchsten Kabinets-Ordres vom 6. März 1821 und 2. August 1834 erfolgten theilweisen Einführung der preu-

Digitized by Google

ßischen Strafgesetze für gewisse Arten von Verbrechen, namentlich die Verbrechen gegen den Staat und dessen Oberhaupt, so wie für die Beamtenvergehen, erhobenen Klagen sind schon zu Ew. Königlichen Majestät Kenntniß gelangt. Allerhöchstdieselben haben durch die Ordre vom 3. August d. J. eine Prüfung dieses Gegenstandes und, wenn es erforderlich erscheint, schleunige Abhülfe zu befehlen geruht.

Es ist bemerkenswerth, wie sehr sich in der Rheinprovinz die Ueberzeugung von den Vorzügen des dortigen Strafverfahrens ausspricht, während in den alten Provinzen die Stimmen für eine Reform des preußischen Untersuchungs-Prozesses nach Aehnlichkeit des rheinischen Verfahrens immer lauter werden. Es zeigt sich hierin eine Uebereinstimmung der Ansichten, welche auf ein begründetes Bedürfniß des Volkes hinführt und zu beweisen scheint, daß diesem die Form des preußischen Untersuchungsverfahrens nicht mehr entspricht.

Abweichend von diesen Anträgen ist von dem königlich preußischen Justizministerium für die Gesetzes-Revision (Minister v. Kamptz) in dem revidirten Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die preußische Staaten [5]) die bisherige Verfassung für die Behandlung von fiskalischen und Criminalsachen beibehalten worden, wonach die Entscheidung bei den wichtigeren Verbrechen sowohl gegen Eximirte, als gegen Nichteximirte den Obergerichten zusteht und nur ausnahmsweise die Entscheidung bei minder wichtigen Verbrechen der nicht befreiten Personen den collegialischen Untergerichten überlassen ist (§. 10. 15). Eine Criminalsache ist vorhanden, wenn die zur Untersuchung gezogene That mit Todesstrafe, Freiheitsstrafe über 4 Jahre, Kassation oder Landesverweisung; eine

5) Nebst Motiven gedruckt Berlin 1841. Es war mir nicht möglich, den Entwurf selbst noch zu erhalten; was über den Inhalt oben mitgetheilt ist, gründet sich auf einen Auszug der preußischen Staatszeitung, welcher von da aus in andere Blätter übergegangen ist.

Digitized by Google

fiskalische Sache, wenn die That mit Freiheitsstrafe über 6 Wochen, Amtsentsetzung, Degradation, Verlust gewerblicher oder Ehrenrechte, Orts- oder Bezirksverweisung oder Geldbuße über 50 Thlr. zu bestrafen ist. Das Criminalverfahren unterscheidet sich von dem fiskalischen Verfahren nach dem Entwurf hauptsächlich nur dadurch, daß dort ein artikulirtes Verhör am Schlusse der Untersuchung in Gegenwart des Vertheidigers nothwendig ist, während hier jenes Verhör wegfällt und die Gegenwart des Vertheidigers im Schlußtermin zwar gestattet, aber nicht vorgeschrieben ist. Auch das Criminalverfahren soll künftig rein inquisitorisch bleiben; der Anklageprozeß und ein öffentliches Ministerium werden nicht für zuträglich erachtet. In Criminal- und fiskalischen Untersuchungen sollen dagegen zum Schlußverhöre, zum Verhöre und zur Verhandlung über den Widerruf eines gerichtlich abgelegten Geständnisses, zur Confrontation des Angeschuldigten mit Mitschuldigen oder Zeugen, oder der letzteren mit einander und zu Verhandlungen über die Aufnahme des Beweises und insonderheit über die Vernehmung der Zeugen, außer dem Richter und dem Protokollführer, jedesmal ein zweites Gerichtsmitglied oder ein Referendarius, oder in deren Ermangelung zwei ehrenhafte, des öffentlichen Vertrauens würdige Männer als Gerichtsbeisitzer zugezogen werden (§. 26 sq.) [6].

Für das Verfahren in Criminalsachen sind noch folgende Bestimmungen beantragt. In dem angeordneten Schlußverhöre müssen dem Angeschuldigten über alle erhebliche einzelne Umstände nochmals spezielle, vor dem Verhöre zu entwerfende Fragen vorgelegt werden (§. 284). Die Bestellung eines Vertheidigers muß schon vor dem Schlusse der Untersuchung erfolgen und der Vertheidiger beim Zeugenverhöre und Schlußverhöre gegenwärtig seyn (§§. 214. 288. 291); ihm müssen überhaupt alle erhebliche Verhandlungen mitgetheilt werden. Wenn das dem Inquisiten zur Last gelegte Verbrechen mit Todesstrafe oder mit zehn- oder mehrjähriger Freiheitsstrafe belegt, oder der Inquisit noch nicht sechzehn Jahre alt ist, so ist eine Verzichtleistung auf den Vertheidiger unzulässig (§. 292);

---

6) Nach der gegenwärtigen Gesetzgebung ist in Criminalsachen das Gericht durch eine Gerichtsperson und einen Protokollführer oder, in Ermangelung des letzteren, zwei Gerichtsbeisitzer gehörig besetzt; in fiskalischen Sachen bedarf es nicht einmal des Protokollführers.

Digitized by Google

die Vertheidigunsschrift ist von dem Vertheidiger schriftlich einzureichen; der Inquisit kann sich außerdem selbst vertheidigen (§§. 301. 303). — Nachdem die Untersuchung geschlossen und der Vertheidigungspunkt berichtigt, werden die Akten an das erkennende Gericht eingesendet. Nach dem Vortrage des Referenten und nach dem Schlusse der hierauf folgenden Berathung findet vor Abfassung des Erkenntnisses noch eine mündliche (dem bisherigen Rechte fremde) Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte mit dem Inquisiten, den Zeugen oder anderen Personen statt: 1) wenn der Inquisit oder sein Vertheidiger auf eine solche mündliche Verhandlung angetragen hat, welche Befugniß ihm im Schlußverhöre bekannt zu machen ist; 2) wenn dem Gerichte die nochmalige Vernehmung des Inquisiten, der Zeugen oder anderer Personen nothwendig oder zweckmäßig erscheint, oder Bedenken über die Schuld oder Unschuld vorhanden sind. Im erstern Falle hängt die mündliche Verhandlung nicht von dem Ermessen des Gerichts ab, sondern muß allemal erfolgen (§§. 284. 317). Der Vertheidiger muß bei der mündlichen Verhandlung gegenwärtig seyn; dieselbe beginnt mit der Vorlesung der Relation, so weit sie die faktischen Verhältnisse betrifft; der Inquisit und der Vertheidiger sind berechtigt, darüber ihre Bedenken, so wie überhaupt Alles, was zur Sache und zur Vertheidigung gehört, vorzutragen; über diese Verhandlungen wird ein vollständiges Protokoll aufgenommen. — Nach beendetem mündlichem Verfahren erfolgt ein abermaliger, je nach dem Ergebnisse der mündlichen Verhandlung mehr oder minder ausführlicher Vortrag im Gerichtshofe (§§. 318 bis 321). Die mündliche Untersuchung der ganzen Sache, mithin die Führung der ganzen Haupt-Untersuchung vor dem erkennenden Richter, ist im Entwurf nicht angenommen, weil sie nicht nur der gründlichen und sichern Rechtsprechung nachtheilig und mit dem weitern Rechtsmittel unvereinbarlich, sondern auch ohne gänzliche Reform der bestehenden Gerichtsverfassung und ohne unerschwingliche Kosten unausführbar sei und zur Belästigung des Publikums gereiche. Auch erklärt sich der Entwurf gegen jede Oeffentlichkeit, indem er die Rechtmäßigkeit und Gründlichkeit des Verfahrens, des Gehörs des Angeschuldigten und des Erkenntnisses, nicht allein durch die Zuziehung eines zweiten Gerichtsmitgliedes oder zweier Beisitzer, so wie des Vertheidigers zu den wichtigeren Verhandlungen und durch die münd-

Digitized by Google

liche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, sondern auch durch eine Reihe sowohl für die Untersuchung, als für das Erkenntniß und dessen Vollstreckung erlassener Vorschriften und dem Angeschuldigten und dessen Vertheidiger zugestandener Befugnisse, vollkommen gesichert hält. Gegen das Erkenntniß erster Instanz steht in allen Fällen dem Inquisiten die Apellation frei. Für die Appellationsinstanz gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie für die erste Instanz; namentlich findet in der zweiten Instanz die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte in denselben Fällen, wie in erster Instanz statt (§§. 322 bis 331).

Ob dieser Entwurf zum Gesetze werden, mit andern Worten, ob die Ansichten des k. preußischen Ministeriums für die Rechtsgesetzgebung über die des verwaltenden Justizministeriums den Sieg davon tragen werden, getrauen wir uns nicht zu errathen; nur glauben wir aus dem Umstand, daß vor Kurzem noch die Bekanntmachung des zuvor erwähnten Berichts des Justizministers Mühler beschlossen worden, abnehmen zu dürfen, daß die Anträge dieses ausgezeichneten Staatsmannes, wenn sie schon in dem Entwurfe seines Herrn Kollegen keine Folge erhalten haben, noch in ihrer anfänglichen Bedeutung bestehen. Auch ist wohl nicht zu zweifeln, daß bei einer die Rheinlande mittreffenden allgemeinen Gerichtsordnung diese nicht ohne einen zufriedenstellenden Ersatz der dort beliebten gegenwärtigen Einrichtungen werden gelassen werden [7]).

2.

Eine Mittheilung des k. württembergischen Justizministeriums vom 5. Dezbr. 1839, womit dem ständischen Ausschusse der Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung übergeben worden, enthält als Antwort auf eine von dem Kanzler von Wächter in zweiter Kammer vorgeschlagene und von dieser beschlossene Bitte an königliche Staatsregierung: „daß sie eine Criminalprozeß-Ordnung, welche auf

7) Die in dem Berichte des Justizministers (s. oben S. 340 unten erwähnten Verordnungen vom 6. März 1821 und 2. August 1834 sind öffentlichen Nachrichten zu Folge kürzlich aufgehoben, dagegen aber die Kabinets-Ordres vom 18. April, 25. April und 17. Aug. 1835 und vom 30. Sept. 1836, betr. das Verfahren bei Münzverbrechen, Verbrechen wider die Verfassung, öffentliche Ordnung und Ruhe aufrecht erhalten worden.

Digitized by Google

den Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut sei, vorlegen wolle" [8]), folgende Erklärung [9]):

Es läßt sich — heißt es in diesem Betreffe — nicht erwarten, daß der Entwurf, so wie er vorliegt, auch Diejenigen befriedigen werde, welche nur in einer auf die breitesten Grundlagen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebauten Prozeß-Ordnung das radikale Heilmittel für unsere, ihres Dafürhaltens einer genügenden Basis entbehrende Strafrechtspflege erblicken. Allein die Staatsregierung hat nach gewissenhafter Prüfung Bedenken tragen müssen, von der Grundlage des schriftlichen Verfahrens abzuweichen. So wenig Anstand sie jederzeit genommen hat, das erkannte Bessere in das Leben zu rufen, so verwerflich schien ihr immer ein keckes Experimentiren auf die Gefahr von Mißgriffen hin. Nirgends würden aber Letztere verderblicher wirken, als im Gebiete der Strafgesetzgebung.

Die Staatsregierung kann sich von der Ansicht nicht trennen, daß die mehr scheinbaren, als wirklichen Vortheile des mündlichen Verfahrens von den Nachtheilen weit überwogen werden, welche diese Procedur unausweichlich in ihrem Gefolge hat. Sie ist namentlich der Meinung, daß bei dieser Proceßform auf das Bekenntniß des Angeschuldigten, also auf das wichtigste Beweismittel der Schuld, wenig zu rechnen ist, daß die unmittelbare Anschauung, die der erkennende Richter von den Beweismitteln gewinnt, demselben die Lösung der Aufgabe, Trug von Wahrheit zu unterscheiden, eher zu erschweren, als zu erleichtern geeig-

8) Verhandl. der Kammer der Abgeordneten v. 1838, 3. Beil.-Heft, 1. Abth. S. 407. 487, 2. Abth. S. 357. Vergl. Prot. der 102. Sitzung S. 78. Die Kammer der Standesherrn war der Bitte nicht beigetreten.

9) S. Bericht der ständischen Commission zweiter Kammer von Scheurlen und Knapp. Stuttgart 1841. S. 14 ff.

Digitized by Google

net ist, daß diese unmittelbare Anschauung keinenfalls gegen grobe Irrthümer des Richters sicherstellt, und daß gleichwohl Rechtsmittel, welche eine wiederholte Prüfung der Thatfrage bezwecken, mit dem mündlichen Verfahren unvereinbar sind.

Was übrigens im Sinne dieser Proceßform auf der Grundlage des bisherigen Verfahrens geschehen kann, glaubt die Staatsregierung in den Artikeln 334 — 335 (340 — 341) 337 (343) des Entwurfes vorgeschlagen zu haben. Nach diesen Bestimmungen erhält der Angeschuldigte in wichtigeren Straffällen Gelegenheit, dem erkennenden Richter seine Einwendungen gegen den Inhalt der Acten vorzutragen. Zugleich ist dem Publikum freigestellt, genauere Kenntniß von den Beweismitteln für die Anschuldigung zu nehmen, und es kann sich überzeugen, daß der Richter der Vertheidigung den weitesten Spielraum verstatte. —

Die hieher gehörigen Entwurfsbestimmungen[10]) sind folgende:

1) Das Verfahren vor den Bezirksgerichten ist, wie bisher, nicht öffentlich.

2) Bei Strafsachen, worüber die Kreisgerichte zu entscheiden haben, wird in dem Falle, wenn nach Lage der von dem Bezirksgerichte geführten Untersuchung eine höhere Strafe, das heißt mindestens eine Zuchthausstrafe (Freiheitsstrafe von fünf oder mehr Jahren in einem sogenannten Zuchthause), oder wegen vorhandenen Verdachts eines so bestraften Verbrechens blos Entbindung von der Instanz begründet ist, eine öffentliche Schlußverhandlung von dem erkennenden Gerichte vorgenommen, worin der nunmehr aufzustellende Staatsanwalt die Anklageacte, der Vertheidiger des Angeschuldigten die Schutzschrift vorzutragen hat, und dem Angeschuldigten selbst Gelegenheit zu geben ist, persönlich zu seiner Verthei-

10) S. Revidirter Entwurf einer Straf-Prozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg. Stuttgart 1840.

Digitized by Google

digung Etwas vorzubringen. Bei diesem Schlußverfahren wird ehrbaren Männern der Zutritt gestattet, ausgenommen, wenn bei der That Mitschuldige waren, welche noch nicht ausgemittelt, oder derzeit abwesend sind, oder wenn die Untersuchung Fleischesverbrechen betrifft, oder endlich wenn im einzelnen Falle Gefährdung des Staats oder der öffentlichen Sicherheit zu besorgen ist, worüber der Gerichtshof die Entschließung des Justizministeriums einzuholen hat. Gleichfalls in öffentlicher (jedoch von dem Schlußverfahren abgesonderter) Gerichtssitzung soll nach dem Entwurfe in solchen Fällen, wo das Schlußverfahren öffentlich gewesen, auch das Urtheil nebst Entscheidungsgründen verkündet werden. Eine eigenthümliche Behandlung finden hier diejenigen Urtheile, welche auf Todesstrafe gehen und daher, bevor sie dem Angeschuldigten bekannt gemacht werden, von Amtswegen dem Obertribunal zur Revision vorzulegen sind. Diese sollen nebst Entscheidungsgründen zunächst nur dem Vertheidiger des Angeschuldigten zur Darlegung seiner Beschwerden mitgetheilt werden (Art. 349); eine öffentliche Verkündigung des Urtheils, ohne Entscheidungsgründe, findet jedoch auch hier unmittelbar vor der Hinrichtung auf dem Rathhause Statt. (Art. 404.)

3) Bei dem höchsten Gerichte, dem Ober-Tribunal, findet nach dem Entwurf weder in Revisions- noch in Rekursfällen ein öffentliches Verfahren Statt (Art. 379) [11].

Die Gründe zu diesen Anträgen des württemberg. Justizministeriums sind aus den Erläuterungen des Geheimeraths v. Gros, welche mit dem gedruckten Regierungs-Entwurf übergeben wurden, mitgetheilt in dem Bericht der Commission der Kammer der Abgeordneten über den Entwurf (Stuttgart 1841) S. 23 f. Ebendaselbst S. 30 f. sind die von dem Ministerium eingeholten Gutachten der höheren Gerichte Württembergs ausgezogen, welche theils die Frage über die Oeffentlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen umgehen, theils (das Obertribunal und Gerichtshof in Ulm) gegen, theils

11) Wie es in den Fällen zu halten sei, wo ein Gericht von Ebenbürtigen (bei peinlichen Vergehen standesherrlicher Familienhäupter) oder der Staatsgerichtshof (bei Anklagen wider die Minister) thätig wird, ist aus dem Entwurfe nicht zu entnehmen. In beiden Fällen urtheilen auch Nichtjuristen sowohl über das Recht als über die That.

Digitized by Google

aber auch für dieselbe sich aussprechen. Zu den letzteren gehören die Gerichtshöfe in Tübingen und Elwangen, von welchen dieser in der Oeffentlichkeit die sicherste Bürgschaft gegen etwaige Eigenmacht des Richters und das beste Mittel findet, dem Bürger Achtung für eine pflichteifrige Magistratur einzuflößen und damit die Herrschaft des Gesetzes fester zu begründen. Auch die um ihr Gutachten befragte Juristenfakultät in Tübingen (Ref. Scheurlen) sprach sich im Jahr 1829 für den Grundsatz der Oeffentlichkeit im Strafverfahren aus, glaubte aber, daß man den Schutz durch materielle Rechtsmittel gegen die französische Mündlichkeit des Verfahrens nicht vertauschen, sondern eine Einrichtung treffen sollte, wodurch die wichtigste Einwendung gegen das schriftliche Untersuchungsverfahren beseitigt werde, daß der entscheidende Richter nur auf Acten zu erkennen habe, bei welchen er nicht überzeugt sein könne, daß sie alle für die Entscheidung wichtigen Momente treu und vollständig enthalten.

---

Man sieht, die Frage ist in ihrer ganzen Wichtigkeit sowohl von dem württembergischen als von dem preußischen Ministerium erkannt und erwogen worden, und wenn ersteres gleichwohl nicht zu dem vollen Ergebnisse gelangt ist, wie die Aufsichts-Behörde für die preußische Rechtsverwaltung, so hat dieß nicht in einer Geringschätzung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens an sich seinen Grund, sondern in der Ansicht, welche auch von dem preußischen Justizminister in Gesetzessachen getheilt wird, daß gegen diese Güter nicht die Vortheile des gegenwärtigen schriftlichen Verfahrens, namentlich die darauf beruhende Möglichkeit einer materiellen Beschwerdeführung, aufgeopfert werden dürfen. Gleichfalls kommt in Erwägung, daß die königl. preußische Gesetzgebung wohl noch ganz andere Rücksichten zu nehmen hat, als die württembergische; denn wenn die preußische Staatsregierung allerdings gute Gründe haben mag, eine gemeinsame Gesetzgebung für die sämmtlichen Bestandtheile des einherrlichen Staats dadurch möglich zu machen, daß von den Einrichtungen der neuen Lande Einiges auf die alten übertragen wird, und umgekehrt, so gilt dieser Grund nicht auch für Württemberg und die anderen deutschen Staaten, welche das gemeine Recht beibehalten haben; in Württemberg scheint vielmehr der neue Entwurf den geschichtlichen Boden für sich zu haben, indem er sich an

die bis zum J. 1806 bestandene Einrichtung der peinlichen Rechtstage anschließt, welche gleichfalls zuletzt nichts anders geworden waren, als öffentliche Schlußsitzungen, worin Schriftsätze abgelesen und die Urtheile verkündet wurden [12]).

Wir wollen nun aber auch die Gründe, welche für die Einführung einer wahren Oeffentlichkeit und Mündlichkeit außerhalb Preußens, namentlich in Württemberg, sprechen, mit gleicher Freimüthigkeit darlegen. Vor Allem ist nicht zu verkennen, daß die preußische Rechtsverwaltung durch die seit geraumer Zeit in den Rheinlanden bestehenden französischen Einrichtungen reiche Erfahrungen über die Vortheile und Nachtheile derselben zu sammeln Gelegenheit hatte, und, wenn sie gleichwohl die ersteren jetzt für überwiegend erkennt, dazu unfehlbar nicht durch blos äußerliche Erwägungen bestimmt worden ist, wie denn namentlich der Grund, welcher der württembergischen Kammer gegenüber geäußert wurde: daß Preußen keine Verfassung habe, wohl aber Württemberg, für beide Theile zu ganz entgegengesetzten Folgerungen führen könnte. Der nationale Standpunkt, von welchem aus die deutschen Regierungen etwaige Aenderungen in ihrer Gesetzgebung zu betrachten haben, ist unseres Erachtens allwärts der gleiche, nämlich der deutsche. Der Boden, worauf die preußische Gesetzgebung seit dem vorigen Jahrhundert steht, ist sogar vorzugsweise ein deutscher zu nennen, und mit Gewißheit läßt sich erwarten, daß sie diesen Boden, worauf die Zukunft Deutschlands beruht, nimmer verlassen wird. Sind nun aber die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens und das darauf gegründete Anklageverfahren deutsche oder sind sie fremdländische Einrichtungen?

---

12) Die gesetzliche Regel war jedoch, daß in peinlichen Sachen mit mündlichem „Fürtragen zu derselben Beschleunigung procedirt" und die schriftliche Verhandlung nicht ohne besondere gerichtliche Erlaubniß zugelassen werden solle. Auch war das feierliche öffentliche Anklageverfahren mit Läutung des Malefizglöckleins in allen peinlichen Sachen „wo es Ehr, Leib oder Leben anbetrifft" angeordnet, ausgenommen, wenn es Ausländer, oder das schädliche Jauner-, Zigeuner- und Vaganten-Gesindel angieng; hinsichtlich jener solle es bei dem gemeinen modo procedendi, vel via inquisitionis, hinsichtlich dieser bei den Kreis-Edicten bewenden. Malefiz-Ordnung vom 4. April 1732. sect. 1. tit. 1. §. 9. 14.

Digitized by Google

Es ist traurig, diese Frage noch aufwerfen zu müssen in einer Zeit, wo man in Deutschland endlich belehrt sein sollte, daß alle Größe in den Staatseinrichtungen Englands und Frankreichs auf deutscher Grundlage ruht, und daß Deutschlands Erniedrigung von der Zeit an sich schreibt, wo es sein gutes einheimisches Recht an griechisches und römisches, und vor Allem an päpstliches Recht hingab; doppelt traurig, dieses fremde Recht gegen jenes einheimische mit der Einwendung geschützt zu sehen, daß deutsches Recht nicht mit „wälschem" vertauscht werden wolle.

Es war ein Franzose [13]), der es den Deutschen sagte:

> Si l'on veut lire l'admirable ouvrage de Tacite sur les moeurs des Germains, on verra que c'est d'eux que les Anglais ont tiré l'idée de leur gouvernement politique. Ce beau systeme a été trouvé dans les bois.

Aber Voltaire durfte auch hinzusetzen:

> Pourquoi n'avoir pas trouvé plutôt la diéte de *Ratisbonne* que le parlement d'Angleterre dans les forêts d'Allemagne? Ratisbonne doit avoir profité plutôt que Londres d'un systéme trouvé en Germanie.

Freilich kann auch das Fremde, wenn es bei uns aufgenommen (und bekannt ist nicht blos die Vorliebe der Deutschen für das Fremde, sondern auch ihre Fertigkeit in Aneignung desselben) als einheimisch in gewissem Sinne bezeichnet werden, und hinwieder erklärt es sich, wie uns das Einheimische, nachdem es längere Zeit verschwunden, als fremd erscheinen kann. Aber ist denn die deutsche Gerichtsverfassung (darunter verstehe ich das mündlich öffentliche Anklageverfahren vor aus dem Volke hervorgehenden Richtern) wirklich, wie hinwieder behauptet worden, seit 300 Jahren gänzlich verschwunden?

Ich will hier nicht wiederholen, was Andere, namentlich Maurer, Buchner von dem allmäligen Abkommen, aber auch von den späteren Ueberresten jener Verfassung mitgetheilt haben, sondern mich darauf beschränken, aus dem heutigen Württemberg Einiges anzuführen.

Die altdeutsche Gerichtshegung unter freiem Himmel hatte allerdings zum Theil schon im 14. und 15. Jahrhundert der beschränk-

---

13) Montesquieu de l'ésprit des lois, livre 11. ch. 6 i. f.

Digitized by Google

teren Oeffentlichkeit in den Gerichts- und Rathstuben weichen müssen. Doch wurden noch zu Anfang des 16. Jahrhunderts peinliche Gerichte ganz gewöhnlich unter freiem Himmel gehalten [14]), auch an solchen Orten, wo bereits Rathhäuser zu ihrer Aufnahme vorhanden gewesen wären. Und selbst aus dem siebzehnten Jahrhundert, ja noch aus späterer Zeit [15]), lassen sich Beispiele solcher altgermanischer Gerichtsöffentlichkeit nachweisen.

Wie hoch man diese Oeffentlichkeit bei Ausübung der Rechtspflege hielt, sieht man daraus, daß eine kaiserliche Befreiung zur Verlegung des Gerichtssitzes innerhalb der vier Wände erfordert wurde. So wurde durch eine Urkunde Kaiser Ludwigs vom 11. Dezbr. 1320 der Stadt Cannstadt bewilligt, daß sie den Landtag (Landgericht) „den sie haben vor der Stadt", in der Stadt haben sollen und mögen [16]). Gleichfalls gestattete am 12. August 1471 Kaiser Friederich dem Vogt und Gericht der Stadt Tübingen, daß sie das Gericht über das Blut in ihrem Haus und an den Enden und

---

14) Beispiele von Balingen, Pfullingen, Stuttgart, Wangen s. bei Gerstlacher Abhandl. von den mancherlei Arten der peinlichen Gerichtsbarkeit in seiner Samml. württ. Rechte 2. Buch, Einl. S. 90. 91.

15) Die Untergänge (Umgänge, Märkergerichte), deren althergebrachte Gerichtsbarkeit in Württemberg durch das Edict vom 31. Dezbr. 1818 aufgehoben wurde, pflegten bis zuletzt ihre judicia divisoria unter den Wolken zu geben. Ueber die Aufhebung jener eigenthümlichen Gerichtsbarkeit bemerkt Hufnagel in Hofakers Jahrbüchern Bd. II. S. 226: „wenn die teutschen Untergangsgerichte überhaupt auf der dem practischen Verstande so nahe liegenden Ansicht beruhen, kein Beweismittel sey so zuverlässig, als die eigene Anschauung des Richters, und es lasse sich der Streit am schnellsten und sichersten unterscheiden, wenn man die Parteien und die streitige Sache vor Augen habe: so möchte man vielleicht Ursache haben, den Verlust des alten Instituts zu bedauren." Nicht mit jenen Untergangsgerichten zu verwechseln sind die Markungs-Umgänge. Diese, der letzte Ueberrest des allgemeinen öffentlichen Auftretens der Gemeinde (die auf dem Rathhause niedergelegten Flurkarten möchten keinen Ersatz dafür geben) wurden aufgehoben durch Verordnung vom 3. Novbr. 1841.

16) Meine Samml. altwürtt. Statutar-Rechte I. S. 633.

Digitized by Google

Stätten, wo sie um anderer Sachen willen pflegen zu richten, halten mögen. Bemerkenswerth ist der Beweggrund, welcher hier dem Gericht in den Mund gelegt wird: „wie bisher bey ine gewonheit „gewesen sey, Wann vnd also oft in vbeltettig leütt zu straffen vnd „vber Sy nach des Reichs Rechten zu richten gebürt hab, So haben „Sy solich's auf irem Marckt vnder den Wolken tun müssen, Das „ine ye zu zeitten vngewitter vnd annderer sachen halb zu verhinde„rung kommen vnd dardurch das vbel zustraffen offt vertzogen wor„den sey ꝛc." 17)

Die Stadt Calw erhielt im Jahr 1522 von der östreichischen Regierung (Statthalter und Räthen zu Württemberg) Erlaubniß, die peinlichen Gerichte fürohin auf dem Rathhause in der großen Stube zu halten, nachdem ihr schon im J. 1454 die Errichtung eines Rath- und Kaufhauses von Graf Ludwig gestattet worden war 18).

Noch im 17. Jahrhundert wurden solche Befreiungen nöthig gefunden, z. B. in dem reichsritterschaftlichen Orte Donzdorf 19), wo es bis dahin „gebräuchig gewesen, den Sitz des peinlichen Ge„richts unter freiem Himmel zu halten, solches aber zu Winters„und Ungewitters-Zeiten und sonderlich alt betagten Persohnen, da„mit die Gericht mehrentheils jederzeit besetzet, zum höchsten be„schwerlich, neben dem es auch etwas der Sachen Verzug und merk-

---

17) Hdſ. Das Waldgericht in der Aach (Dornstetten) ergriff bei übler Witterung oder sonstigen Störungen das Auskunftmittel, die Gerichtssitzung in die Kirche zu verlegen. Weisthum v. 1428. „Item es ist ouch Recht, inn dißem Waldtgericht, wer es, das denn Lütten, vff die gericht inn der Ahr, nit gericht möcht werden, So haut ein Amptman wohl zugepietten ein Affterding am Neundten tag nauch dem, alls man in der Ahr gericht gehept hett, gehn Dornstetten an dem Kreben, da sollent die zwölff Richter gehorsamb sin, Recht zu sprechen; were ouch sach, das man vor Vnfrid, oder Vnwetter, inn dem Kreben nit bliben möcht, so ist das Gericht so starckh an im selbs, ehe das vnderweegen belibe, So soll man das gericht ziehen vnder die Glockhschnur, vnnd soll da richten, vns das jedermann gnueg gericht wurd."

18) Meine Sammlung altwürtt. Statutarrecht. I. S. 592.

19) S. Lehenbrief für Maria Johanna v. Werthnau über den Blutbann zu Donzdorf v. 18. Febr. 1683 bei Lünig corp. juris feud. Thl. 1. S. 1278.

Digitized by Google

„lichen Kosten verursachet, zu dem wann der Richter das Urtheil „offentlich fassen solle, in der Sachen etwas geeylet, daraus dann „merklicher Nachtheil erfolget." Diesem zu Folge erlaubte der Kaiser, wie schon früher den Brüdern Albrecht und Ulrich von Rechberg in Hinsicht auf ihre drei Gerichte zu Waldstädten, Wäschenbeyren und Donzdorf, so nun auch der Johanna v. Werthnau in Hinsicht auf ihren Antheil an letzterem, „die Uebelthätigen der Endten „**unter dem Abtrecht** fürstellen, wie sich gebühret, **beklagen**, „und fürderst nach Gelegenheit und Erfindung der Sachen mit ver„schlossenen Thüren urtheilen" zu lassen u. s. w.

Was hier von verschlossenen Thüren gesagt ist, bezieht sich lediglich auf das Urtheilen, d. h. die Berathung und Abstimmung, nicht auf die Verhandlung, welche jetzt noch insoweit öffentlich blieb, als es der beschränktere Raum auf den Rathhäusern gestattete. Bezeichnend ist die Art, wie diese Oeffentlichkeit bei dem Centgericht zu Meckmühl gehandhabt wurde. Hierüber schreibt **Gerstlacher** im vorigen Jahrhundert (1760) [20]: „An dem Tage nur, wenn das „Centgericht gehalten werden solle, muß morgens um 7 Uhr der „Centknecht mit der großen Kirchenglocke das erste, und um halb „8 Uhr mit eben dieser Glocke das zweyte Zeichen zu dem Centge„richte geben. Hierauf müssen der Centgrav nebst dem Stadtschrei„ber als actuario bei diesem Gerichte wie auch die 36 Centschöffen „auf das Rathhaus sich verfügen. Endlich wird um 8 Uhr mit „besagter Glocke das dritte Zeichen gegeben, woraufhin auch die „**Viertel derer** Centunterthanen auf dem Rathhaus erschei„nen müßen. Und **damit Niemanden unbekannt seyn mö„ge, daß ein ordinari Centgericht gehalten werde**; so „muß der Centknecht in dem untern Boden auf dem Rathhause zum „Laden hinausrufen: „„wer auf den Richterstuhl gehöre, der solle „sich sezen"", und zwar dieses zu dreienmalen und zu dem erste„ren Rufen mit einem Stecken außen an die Wand einen, zu dem „andern zwey, zu dem dritten drei Streiche thun, **und den Stecken „auf die Gasse hinunter werfen**. Auf dieses werden die

20) Am angef. Orte S. 64. Mehrere wichtige Urkunden dieses Gerichts, namentlich Centordnungen erwarten ihren Druck in der Sammlung altwürttembergischer Statutarrechte, welche aber derzeit nicht fortgesetzt werden kann.



Digitized by Google

„beede Stuben auf dem Rathhause eröffnet, und der Umstand von „denen erschienenen Centunterthanen hineingelassen. Wenn nun diese „beisammen, so muß der Centgrav mit dem Centgerichte aufstehen, „den Gerichtsstab in die Hand nehmen und das Centgericht im Na„men Sr. Herzoglichen Durchlaucht behegen und verbannen; und „wenn er den Amtsburgermeister befraget, ob seines gnädigsten „Fürsten und Herrn Centgericht mit Richtern genugsam besetzet, auch „beheget und verbannet sey und derselbe mit Ja geantwortet, so „setzet sich der Centgrave mit dem Centgerichte wiederum nieder."

Hieraus geht hervor, wie auch an den Verhandlungen auf dem Rathhause immer noch das Volk im Ganzen als theilnehmend gedacht wurde, indem nicht blos die zunächst Umstehenden als Vertreter desselben eingelassen, sondern auch der übrigen Menge durch gewisse Zeichen der Zeitpunct der Handlungen angezeigt wurde, um sie zur Theilnahme oder doch zum achtungsvollen Stillschweigen während derselben einzuladen.

Es scheint unserer Zeit selbst das Verständniß solcher auf das Gericht, die Angeklagten und die Umstehenden wirkenden Formen verloren gegangen zu sein; ob aber die Würde der Gerichte, die Wirksamkeit der gerichtlichen Handlungen und das Vertrauen des Volks zu denselben unter der jetzigen gerühmten Einfachheit gewonnen haben, ist eine andere Frage.

Schon daß das entscheidende Gericht sogar für die zunächst Betheiligten unsichtbar bleibt, ist eine Unnatur, woran man sich in Deutschland nur dadurch gewöhnen lernte, daß früher die rechtsunkundigen Stadtgerichte in wichtigeren Fällen die verhandelten Acten an irgend eine Juristenfacultät oder einen gelehrten Schöppenstuhl zur Abfassung des Urtheils einschickten, um sodann solches, wie eine höhere Rechtsoffenbarung, maschinenmäßig zu verkünden. Noch ein größerer Abstand ist es von den früheren feierlichen Gerichtssitzungen, wenn jetzt die ganze Untersuchung im Amtszimmer oder gar im Schlafzimmer des Actuars oder Referendärs zu Ende geführt wird.

Doch wir wollen ja nicht die Zweckmäßigkeit des öffentlichen Verfahrens, wofür sich auch in Württemberg die Stimmen angesehener Practiker erhoben haben [21]), beweisen, sondern nur den

21) Eine Würdigung der Grundlagen der neuen Strafproceßordnung zu Gunsten der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit und des Anklage-

Digitized by Google

geschichtlichen Standpunct bezeichnen, von welchem unseres Erachtens die Frage aufgefaßt werden sollte. Schon die angeführten Beispiele zeigen, wie die Oeffentlichkeit noch bis in das vorige Jahrhundert in Württemberg gerettet wurde. Sie blieb aber auch nebst dem Anklageverfahren verfassungsmäßiger[22]) Grundsatz in peinlichen Sachen bis in das gegenwärtige Jahrhundert, wo erst unter der unbeschränkten Regierung das sonst bei Ausländern, Zigeunern, Jaunern und Vaganten geltende Untersuchungsverfahren zur Regel für alle Unterthanen erhoben wurde[23]). Selbst der minder feierliche Anklageprozeß super facto, welcher statthatte, wenn zwar das angeschuldigte Verbrechen eine peinliche Strafe im Grundsatze nach sich zog, welche aber wegen vorwaltender Umstände voraussichtlich nicht zur Ausführung kommen konnte, wurde gleichfalls bei offenen Thüren vor einer Menge Volks verhandelt, wenn nicht etwa besondere Ursachen den Prozeß bei geschlossenen Thüren zu erkennen räthlich machten, z. B. weil der Prozeß wider angesehene Personen gieng oder durch den öffentlichen Vortrag des Verbrechens ein Aer-

verfahrens s. in Hofakers Jahrbüchern Bd. IV. S. 267 f. (von dem Herausgeber selbst). Vergleiche den Commissionsbericht von Scheurlen und Knapp S. 65 f.

22) S. Tübinger Vertrag von 1514: „Es soll auch Niemands Inn Pynlichen sachen, wa es Eer, lyb, oder leben antrifft, anders dann mit Vrtail vnnd Recht gestrafft oder getöttet, Sonnder ainem yeden nach sinem Verschulden Rechts gestattet werden. Es were dann In fellen, darinn die kayserlichen Recht Anders zuthond zu lassen, vnnd mit gefanngnuß vnnd frag soll es wie von alter Herkommen ist, gehalten werden.“ (Württemb. Gesetzsammlung II, 43.) S. Erbvergleich v. 1770 cl. I. grav. 3. §. 1. (Das. S. 55.) Bei Abschluß der neuen Verfassung vom J. 1819 wünschten die Stände, die Oeffentlichkeit der Rechtspflege möchte als durchgreifender Grundsatz anerkannt werden, ebenso das Recht des Angeklagten, selbst oder durch einen geprüften Rechtsgelehrten sich schriftlich vertheidigen zu dürfen. Die Regierung glaubte jedoch, daß durch solche allgemeine Aussprüche der künftigen Gesetzgebung nicht vorgegriffen werden dürfe. Meine Einleit. in die Staatsgrundgesetze §. 452.

23) Instr. vom 27. Juli 1806. §. 8.



Digitized by Google

gewiß zu befürchten stand, wie bei dem Laster der Sodomie und dergleichen [24]).

Allerdings war in Folge der Einmischung der fremden Rechte [25]) die Mündlichkeit und damit der Werth der Oeffentlichkeit großentheils verschwunden. Das peinliche Verhör, welches schon früher aus dem kanonischen Inquisitionsprozesse herübergenommen worden, ward mit allen seinen Mißbräuchen nun dem Anklageverfahren vorangeschickt, und, da auf das Geständniß jetzt das Hauptgewicht gelegt wurde, auch in solchen Fällen angewendet, wo eine öffentliche Ueberweisung durch Zeugen oder Eidhelfer (conjuratores) nach früherem Rechte keinem Anstande unterlegen wäre. Die zweite Regimentsordnung von 1498 enthielt zwar noch den Grundsatz: „die Ankläger sollen immer nur in Gegenwart des Beschuldigten gehört werden"; doch ward hiervon nicht nur in dem Falle, wenn man des letztern nicht habhaft werden konnte, sondern überall bei peinlichen Verbrechen eine Ausnahme gemacht, wo jedoch dem Angeschuldigten und dessen Verwandten auf Anrufen peinliches Recht oder Abtrag gestattet werden sollte [26]). Der Tübinger Vertrag von 1514 begnügte sich, letzteres zu wiederholen; bei Erläuterung desselben im Jahr 1520 ward aber aus Anlaß einiger an der s. g. Ehrbarkeit selbst begangenen Mißbräuche, indem Herzog Ulrich mehrere von seinen Räthen, Amtleuten und der Landschaft ohne Weiteres foltern und auf ihre erpreßten Geständnisse ungeachtet ihres Widerrufs hinrichten ließ, ein rechtliches Vorerkenntniß über die Zulässigkeit von peinlichem Gefängniß und p. Frage gefordert, welchem eine Ermessung des Verdachts und des Grads der Tortur vorauszugehen hätte [27]). Auch die Aussagen der Zeugen und andere Beweis-

24) Gerstlacher a. a. O. S. 89.

25) Ueber deren nachtheiligen Einfluß auf unser Strafverfahren s. außer Gerstlacher und Maurer namentlich Malblanc Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung S. 87 f. Henke, Geschichte des peinlichen Rechts I. S. 293 f.

26) Sammlung der württ. Staatsgrundgesetze Bd. II. S. 24 unten und S. 25. Vergl. S. 38.

27) Das. S. 67. Hofacker in seinen Jahrbüchern I. S. 43. 50. Die Grausamkeiten wider Conrad Breuning, welche ein furchtbares Bild peinlicher Inquisitionsgräuel geben, weiß auch Heyd, Geschichte Herzog Ulrichs I. S. 483—487 nicht in Schutz zu nehmen.

Digitized by Google

mittel wurden nunmehr gesammelt vor dieser Vorentscheidung, so daß der endliche Rechtstag zuletzt in einer bloßen Ablesung der Acten und einer geschriebenen Vertheidigung bestand, welche zuweilen noch auf Einziehung eines Entschuldigungsbeweises, namentlich Abhör weiterer Zeugen antrug, worüber, wenn das Gericht sie für zulässig erkannte, in einer andern Sitzung Bericht erstattet wurde. Die Vorberathung der Schöffen wurde auch von der peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532 angeordnet, welche ausdrücklich die Abhör der Zeugen vor gesammtem Gerichte für überflüssig erklärte. (Art. 81, 89—91.)

Dieser Rechtstag war also eine „leere Ceremonie", bei welcher ausgesprochen wurde, was früher schon überlegt und niedergeschrieben war [28]). Den Anforderungen an eine schleunige, thatkräftige und lebendige Rechtspflege ward dadurch nicht entsprochen; allein der Grund davon lag nicht in der deutschen Form des öffentlich-mündlichen Anklageverfahrens, sondern in der Einmischung des schriftlichen Verfahrens und der kanonischen Inquisitionsmaxime, wodurch einerseits der Säumniß, andererseits der Willkühr, Thür und Thor geöffnet wurden.

Das jetzt vorgeschlagene Schlußverfahren ist zwar als ein zeitgemäßer Fortschritt insofern anzuerkennen, als seit 1806 auch jene Ceremonie des endlichen Rechtstags aufgehört hatte; allein mehr als die Vortheile und Nachtheile des letztern werden dadurch nicht gewährt; und so fürchten wir, daß mehr eine kostbare Hemmung als eine Förderung der Gerichtsthätigkeit daraus hervorgehen wird.

Wir kehren zurück zu dem Berichte des preußischen Justizministeriums. Wie weit hienach das deutsche Verfahren wieder hergestellt werden soll, ist daraus nicht ersichtlich; auch ist es derzeit so ungewiß, ob derselbe in die entworfene Ordnung des Strafverfahrens übergehen wird, als dieß bei den Grundsätzen des württembergischen Entwurfs der Fall ist. Allein immerhin ist das Wünschenswerthe der Aenderung dort in einem viel weiter gehenden Umfange nahe gelegt.

Merkwürdig ist jener Bericht auch noch in Beziehung auf die Einrichtung des Verfahrens in bürgerlichen Streitigkeiten.

Wie das württembergische Edict über die Rechtspflege in den

28) v. Maurer a. a. O. S. 357.

Digitized by Google

untern Instanzen vom 31. Dezember 1818 darauf ausgegangen ist, das mündliche Streitverfahren bei den Oberamtsgerichten möglichst wieder herzustellen, so hat das preußische Gesetz vom 1. Juni 1833 bei einer Anzahl von Sachen einen abgekürzten mündlichen Prozeß an die Stelle des früheren schriftlichen Verfahrens gesetzt. Der Bericht (c. a. O. S. 372) theilt nun über den Erfolg dieser Aenderung Folgendes mit:

Was die Aeußerungen der Präsidenten und Obergerichte über Abänderungen im Civilverfahren anbelangt, so wird am Allgemeinsten

die Ausdehnung der durch das Gesetz vom 1. Juni 1833 eingeführten abgekürzten Prozeßarten auf eine größere Anzahl von Sachen,

mehrseitig selbst die größere Substituirung des summarischen Prozesses für den ordinairen, nur unter einigen Modifikationen im Verfahren, gewünscht.

Die Revision des gewöhnlichen Prozeßverfahrens wird durch diese Aeußerungen indirekt als ein dringendes Bedürfniß dargestellt; die Beendigung dieser Revision scheint jedoch noch in die Ferne gestellt zu sein.

In Erwägung dessen, und in Berücksichtigung der günstigen Resultate, welche die Formen des abgekürzten mündlichen Prozeßverfahrens fortgesetzt bewähren, des Beifalls, welchen diese Prozeßart bei den Parteien nicht weniger, als bei den Ober- und Untergerichten in steigender Progression findet, nehme ich aus den vielseitig und dringend ausgesprochenen Wünschen der Gerichtsbehörden Veranlassung, bei Ew. Königl. Majestät in Unterthänigkeit anzufragen:

ob, wie ich mir bereits in meinem ehrfurchtsvollen Berichte vom 20. März 1838 anheimzustellen erlaubte, die schon im Jahre 1835 schwebend gewesenen Verhandlungen über die Erweiterung des Prozeßverfahrens nach dem Gesetz vom 1. Juni 1833, getrennt von den

Digitized by Google

Berathungen über den ordentlichen Prozeß wieder aufgenommen werden können?

Gleichfalls wird (Jahrb. a. a. O. S. 401) der mündlichen Verhandlung von Ehescheidungssachen vor dem gesammten aus 6 geistlichen und weltlichen Mitgliedern bestehenden Consistorium in der Provinz Greifswalde das Wort geredet, weil hierdurch die Wirksamkeit der Ermahnung befördert, die Ermittlung des eigentlichen Grundes des ehelichen Unfriedens erleichtert und die Gediegenheit des Urtheils verbürgt, zu schnelle Scheidung verhütet werde. Der Minister bemerkt hierzu:

**Das unmittelbare Verhandeln vor den Richtern wird allerdings in Ehescheidungssachen, wie in andern Prozessen, gewisse Vorzüge gewähren. Die Gegenwart des Collegiums kann aber andrerseits auch bei Verhandlungen über Gegenstände, die das Zartgefühl, nicht selten das Schaamgefühl, berühren, der Rechtsverfolgung hinderlich werden.**

In Württemberg findet die Verhandlung in Ehestreitigkeiten der Evangelischen gleichfalls mündlich vor den Bezirksgerichten Statt, welchen in diesem Falle ein evangelischer Geistlicher beigegeben ist; die Entscheidung kommt den ehegerichtlichen Senaten der Kreisgerichte zu, von welchen auch die Scheidung nach einer vorausgegangenen mündlichen Schlußverhandlung mit den Parteien und deren Rechtsbeiständen ausgesprochen wird.

Von einer zu gewährenden Oeffentlichkeit in bürgerlichen Streitigkeiten ist in dem Berichte des preußischen Justizministeriums nicht die Rede; ebensowenig von einer Wiederbeiziehung ungelehrter Beisitzer zu den Gerichten, oder von der Ausdehnung des Geschwornen-Instituts in den Rheinlanden auf die übrigen Provinzen. Auch die Erläuterungen des Geheimenraths v. Gros zu dem württembergischen Entwurf einer Strafprozeßordnung sprechen sich gegen die Fähigkeit des Volks zur Beurtheilung gerichtlicher Handlungen in Hinsicht auf die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens so entschieden aus [29]), daß man daraus deutlich sieht, wie noch weniger eine solche Fähigkeit in den verwickelteren Civilrechtssachen dem

29) Commissionsbericht S. 26.

Digitized by Google

aber auch für dieselbe sich aussprechen. Zu den letzteren gehören die Gerichtshöfe in Tübingen und Elwangen, von welchen dieser in der Oeffentlichkeit die sicherste Bürgschaft gegen etwaige Eigenmacht des Richters und das beste Mittel findet, dem Bürger Achtung für eine pflichteifrige Magistratur einzuflößen und damit die Herrschaft des Gesetzes fester zu begründen. Auch die um ihr Gutachten befragte Juristenfakultät in Tübingen (Ref. Scheurlen) sprach sich im Jahr 1829 für den Grundsatz der Oeffentlichkeit im Strafverfahren aus, glaubte aber, daß man den Schutz durch materielle Rechtsmittel gegen die französische Mündlichkeit des Verfahrens nicht vertauschen, sondern eine Einrichtung treffen sollte, wodurch die wichtigste Einwendung gegen das schriftliche Untersuchungsverfahren beseitigt werde, daß der entscheidende Richter nur auf Acten zu erkennen habe, bei welchen er nicht überzeugt sein könne, daß sie alle für die Entscheidung wichtigen Momente treu und vollständig enthalten.

---

Man sieht, die Frage ist in ihrer ganzen Wichtigkeit sowohl von dem württembergischen als von dem preußischen Ministerium erkannt und erwogen worden, und wenn ersteres gleichwohl nicht zu dem vollen Ergebnisse gelangt ist, wie die Aufsichts-Behörde für die preußische Rechtsverwaltung, so hat dieß nicht in einer Geringschätzung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens an sich seinen Grund, sondern in der Ansicht, welche auch von dem preußischen Justizminister in Gesetzessachen getheilt wird, daß gegen diese Güter nicht die Vortheile des gegenwärtigen schriftlichen Verfahrens, namentlich die darauf beruhende Möglichkeit einer materiellen Beschwerdeführung, aufgeopfert werden dürfen. Gleichfalls kommt in Erwägung, daß die königl. preußische Gesetzgebung wohl noch ganz andere Rücksichten zu nehmen hat, als die württembergische; denn wenn die preußische Staatsregierung allerdings gute Gründe haben mag, eine gemeinsame Gesetzgebung für die sämmtlichen Bestandtheile des einherrlichen Staats dadurch möglich zu machen, daß von den Einrichtungen der neuen Lande Einiges auf die alten übertragen wird, und umgekehrt, so gilt dieser Grund nicht auch für Württemberg und die anderen deutschen Staaten, welche das gemeine Recht beibehalten haben; in Württemberg scheint vielmehr der neue Entwurf den geschichtlichen Boden für sich zu haben, indem er sich an

Digitized by Google

die bis zum J. 1806 bestandene Einrichtung der peinlichen Rechtstage anschließt, welche gleichfalls zuletzt nichts anders geworden waren, als öffentliche Schlußsitzungen, worin Schriftsätze abgelesen und die Urtheile verkündet wurden [12]).

Wir wollen nun aber auch die Gründe, welche für die Einführung einer wahren Oeffentlichkeit und Mündlichkeit außerhalb Preußens, namentlich in Württemberg, sprechen, mit gleicher Freimüthigkeit darlegen. Vor Allem ist nicht zu verkennen, daß die preußische Rechtsverwaltung durch die seit geraumer Zeit in den Rheinlanden bestehenden französischen Einrichtungen reiche Erfahrungen über die Vortheile und Nachtheile derselben zu sammeln Gelegenheit hatte, und, wenn sie gleichwohl die ersteren jetzt für überwiegend erkennt, dazu unfehlbar nicht durch blos äußerliche Erwägungen bestimmt worden ist, wie denn namentlich der Grund, welcher der württembergischen Kammer gegenüber geäußert wurde: daß Preußen keine Verfassung habe, wohl aber Württemberg, für beide Theile zu ganz entgegengesetzten Folgerungen führen könnte. Der nationale Standpunkt, von welchem aus die deutschen Regierungen etwaige Aenderungen in ihrer Gesetzgebung zu betrachten haben, ist unseres Erachtens allwärts der gleiche, nämlich der deutsche. Der Boden, worauf die preußische Gesetzgebung seit dem vorigen Jahrhundert steht, ist sogar vorzugsweise ein deutscher zu nennen, und mit Gewißheit läßt sich erwarten, daß sie diesen Boden, worauf die Zukunft Deutschlands beruht, nimmer verlassen wird. Sind nun aber die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens und das darauf gegründete Anklageverfahren deutsche oder sind sie fremdländische Einrichtungen?

---

12) Die gesetzliche Regel war jedoch, daß in peinlichen Sachen mit mündlichem „Fürtragen zu derselben Beschleunigung procedirt" und die schriftliche Verhandlung nicht ohne besondere gerichtliche Erlaubniß zugelassen werden solle. Auch war das feierliche öffentliche Anklageverfahren mit Läutung des Malefizglöckleins in allen peinlichen Sachen „wo es Ehr, Leib oder Leben anbetrifft" angeordnet, ausgenommen, wenn es Ausländer, oder das schädliche Jauner-, Zigeuner- und Vaganten-Gesindel angieng; hinsichtlich jener solle es bei dem gemeinen modo procedendi, vel via inquisitionis, hinsichtlich dieser bei den Kreis-Edicten bewenden. Malefiz-Ordnung vom 4. April 1732. sect. 1. tit. 1. §. 9. 14.

Es ist traurig, diese Frage noch aufwerfen zu müssen in einer Zeit, wo man in Deutschland endlich belehrt sein sollte, daß alle Größe in den Staatseinrichtungen Englands und Frankreichs auf deutscher Grundlage ruht, und daß Deutschlands Erniedrigung von der Zeit an sich schreibt, wo es sein gutes einheimisches Recht an griechisches und römisches, und vor Allem an päpstliches Recht hingab; doppelt traurig, dieses fremde Recht gegen jenes einheimische mit der Einwendung geschützt zu sehen, daß deutsches Recht nicht mit „wälschem" vertauscht werden wolle.

Es war ein Franzose[13]), der es den Deutschen sagte:

> Si l'on veut lire l'admirable ouvrage de Tacite sur les moeurs des Germains, on verra que c'est d'eux que les Anglais ont tiré l'idée de leur gouvernement politique. Ce beau systeme a été trouvé dans les bois.

Aber Voltaire durfte auch hinzusetzen:

> Pourquoi n'avoir pas trouvé plutôt la diéte de *Ratisbonne* que le parlement d'Angleterre dans les forêts d'Allemagne? Ratisbonne doit avoir profité plutôt que Londres d'un systéme trouvé en Germanie.

Freilich kann auch das Fremde, wenn es bei uns aufgenommen (und bekannt ist nicht blos die Vorliebe der Deutschen für das Fremde, sondern auch ihre Fertigkeit in Aneignung desselben) als einheimisch in gewissem Sinne bezeichnet werden, und hinwieder erklärt es sich, wie uns das Einheimische, nachdem es längere Zeit verschwunden, als fremd erscheinen kann. Aber ist denn die deutsche Gerichtsverfassung (darunter verstehe ich das mündlich öffentliche Anklageverfahren vor aus dem Volke hervorgehenden Richtern) wirklich, wie hinwieder behauptet worden, seit 300 Jahren gänzlich verschwunden?

Ich will hier nicht wiederholen, was Andere, namentlich Maurer, Buchner von dem allmäligen Abkommen, aber auch von den späteren Ueberresten jener Verfassung mitgetheilt haben, sondern mich darauf beschränken, aus dem heutigen Württemberg Einiges anzuführen.

Die altdeutsche Gerichtshegung unter freiem Himmel hatte allerdings zum Theil schon im 14. und 15. Jahrhundert der beschränk-

13) Montesquieu de l'ésprit des lois, livre 11, ch. 6 i. f.

Digitized by Google

feren Oeffentlichkeit in den Gerichts- und Rathstuben weichen müssen. Doch wurden noch zu Anfang des 16. Jahrhunderts peinliche Gerichte ganz gewöhnlich unter freiem Himmel gehalten [14]), auch an solchen Orten, wo bereits Rathhäuser zu ihrer Aufnahme vorhanden gewesen wären. Und selbst aus dem siebzehnten Jahrhundert, ja noch aus späterer Zeit [15]), lassen sich Beispiele solcher altgermanischer Gerichtsöffentlichkeit nachweisen.

Wie hoch man diese Oeffentlichkeit bei Ausübung der Rechtspflege hielt, sieht man daraus, daß eine kaiserliche Befreiung zur Verlegung des Gerichtssitzes innerhalb der vier Wände erfordert wurde. So wurde durch eine Urkunde Kaiser Ludwigs vom 11. Dezbr. 1320 der Stadt Cannstadt bewilligt, daß sie den Landtag (Landgericht) „den sie haben vor der Stadt", in der Stadt haben sollen und mögen [16]). Gleichfalls gestattete am 12. August 1471 Kaiser Friederich dem Vogt und Gericht der Stadt Tübingen, daß sie das Gericht über das Blut in ihrem Haus und an den Enden und

---

14) Beispiele von Balingen, Pfullingen, Stuttgart, Wangen s. bei Gerstlacher Abhandl. von den mancherlei Arten der peinlichen Gerichtsbarkeit in seiner Samml. württ. Rechte 2. Buch, Einl. S. 90. 91.

15) Die Untergänge (Umgänge, Märkergerichte), deren althergebrachte Gerichtsbarkeit in Württemberg durch das Edict vom 31. Dezbr. 1818 aufgehoben wurde, pflegten bis zuletzt ihre judicia divisoria unter den Wolken zu geben. Ueber die Aufhebung jener eigenthümlichen Gerichtsbarkeit bemerkt Hufnagel in Hofakers Jahrbüchern Bd. II. S. 226: „wenn die teutschen Untergangsgerichte überhaupt auf der dem practischen Verstande so nahe liegenden Ansicht beruhen, kein Beweismittel sey so zuverlässig, als die eigene Anschauung des Richters, und es lasse sich der Streit am schnellsten und sichersten unterscheiden, wenn man die Parteien und die streitige Sache vor Augen habe: so möchte man vielleicht Ursache haben, den Verlust des alten Instituts zu bedauren." Nicht mit jenen Untergangsgerichten zu verwechseln sind die Markungs-Umgänge. Diese, der letzte Ueberrest des allgemeinen öffentlichen Auftretens der Gemeinde (die auf dem Rathhause niedergelegten Flurkarten möchten keinen Ersatz dafür geben) wurden aufgehoben durch Verordnung vom 3. Novbr. 1841.

16) Meine Samml. altwürtt. Statutar-Rechte I. S. 633.

Digitized by Google

Stätten, wo sie um anderer Sachen willen pflegen zu richten, halten mögen. Bemerkenswerth ist der Beweggrund, welcher hier dem Gericht in den Mund gelegt wird: „wie bisher bey ine gewonheit „gewesen sey, Wann vnd also oft in vbeltettig leütt zu straffen vnd „vber Sy nach des Reichs Rechten zu richten gebürt hab, So haben „Sy solich's auf irem Marckt vnder den Wolken tun müssen, Das „ine ye zu zeitten vngewitter vnd annderer sachen halb zu uerhinde„rung kommen vnd darburch das vbel zustraffen offt vertzogen wor„den sey ꝛc." [17])

Die Stadt Calw erhielt im Jahr 1522 von der östreichischen Regierung (Statthalter und Räthen zu Württemberg) Erlaubniß, die peinlichen Gerichte fürohin auf dem Rathhause in der großen Stube zu halten, nachdem ihr schon im J. 1454 die Errichtung eines Rath- und Kaufhauses von Graf Ludwig gestattet worden war [18]).

Noch im 17. Jahrhundert wurden solche Befreiungen nöthig gefunden, z. B. in dem reichsritterschaftlichen Orte Donzdorf [19]), wo es bis dahin „gebräuchig gewesen, den Sitz des peinlichen Ge„richts unter freiem Himmel zu halten, solches aber zu Winters„und Ungewitters-Zeiten und sonderlich alt betagten Persohnen, da„mit die Gericht mehrentheils jederzeit besetzet, zum höchsten be„schwerlich, neben dem es auch etwas der Sachen Verzug und merk-

---

17) Hdſ. Das Waldgericht in der Aach (Dornstetten) ergriff bei übler Witterung oder sonstigen Störungen das Auskunftmittel, die Gerichtssitzung in die Kirche zu verlegen. Weisthum v. 1428. „Item es ist ouch Recht, inn dißem Waldtgericht, wer es, das denn Lütten, vff die gericht inn der Ahr, nit gericht möcht werden, So haut ein Amptman wohl zugepietten ein Affterding am Neundten tag nauch dem, alls man in der Ahr gericht gehept hett, gehn Dornstetten an dem Kreben, da sollent die zwölff Richter gehorsamb sin, Recht zu sprechen; were ouch sach, das man vor Vnfrid, oder Vnwetter, inn dem Kreben nit bliben möcht, so ist das Gericht so starckh an im selbs, ehe das vnderweegen belibe, So soll man das gericht ziehen vnder die Glockhschnur, vnnd soll da richten, vns das jedermann gnueg gericht wurd."

18) Meine Sammlung altwürtt. Statutarrecht. I. S. 592.

19) S. Lehenbrief für Maria Johanna v. Werthnau über den Blutbann zu Donzdorf v. 18. Febr. 1683 bei Lünig corp. juris feud. Thl. 1. S. 1278.

Digitized by Google

„lichen Kosten verursachet, zu dem wann der Richter das Urtheil „offentlich fassen solle, in der Sachen etwas geeylet, daraus dann „merklicher Nachtheil erfolget." Diesem zu Folge erlaubte der Kaiser, wie schon früher den Brüdern Albrecht und Ulrich von Rechberg in Hinsicht auf ihre drei Gerichte zu Waldstädten, Wäschenbeyren und Donzdorf, so nun auch der Johanna v. Werthnau in Hinsicht auf ihren Antheil an letzterem, „die Uebelthätigen der Endten „unter dem Abtrecht fürstellen, wie sich gebühret, beklagen, „und förderst nach Gelegenheit und Erfindung der Sachen mit ver„schlossenen Thüren urtheilen" zu lassen u. s. w.

Was hier von verschlossenen Thüren gesagt ist, bezieht sich lediglich auf das Urtheilen, d. h. die Berathung und Abstimmung, nicht auf die Verhandlung, welche jetzt noch insoweit öffentlich blieb, als es der beschränktere Raum auf den Rathhäusern gestattete. Bezeichnend ist die Art, wie diese Oeffentlichkeit bei dem Centgericht zu Meckmühl gehandhabt wurde. Hierüber schreibt Gerstlacher im vorigen Jahrhundert (1760) [20]: „An dem Tage nur, wenn das „Centgericht gehalten werden solle, muß morgens um 7 Uhr der „Centknecht mit der großen Kirchenglocke das erste, und um halb „8 Uhr mit eben dieser Glocke das zweyte Zeichen zu dem Centge„richte geben. Hierauf müssen der Centgrav nebst dem Stadtschrei„ber als actuario bei diesem Gerichte wie auch die 36 Centschöffen „auf das Rathhaus sich verfügen. Endlich wird um 8 Uhr mit „besagter Glocke das dritte Zeichen gegeben, worauf hin auch die „Viertel derer Centunterthanen auf dem Rathhaus erschei„nen müßen. Und damit Niemanden unbekannt seyn mö„ge, daß ein ordinari Centgericht gehalten werde; so „muß der Centknecht in dem untern Boden auf dem Rathhause zum „Laden hinausrufen: „„wer auf den Richterstuhl gehöre, der solle „sich sezen"", und zwar dieses zu dreienmalen und zu dem erste„ren Rufen mit einem Stecken außen an die Wand einen, zu dem „andern zwey, zu dem dritten drei Streiche thun, und den Stecken „auf die Gasse hinunter werfen. Auf dieses werden die

20) Am angef. Orte S. 64. Mehrere wichtige Urkunden dieses Gerichts, namentlich Centordnungen erwarten ihren Druck in der Sammlung altwürttembergischer Statutarrechte, welche aber derzeit nicht fortgesetzt werden kann.



Digitized by Google

„beede Stuben auf dem Rathhause eröffnet, und der Umstand von „denen erschienenen Centunterthanen hineingelassen. Wenn nun diese „beisammen, so muß der Centgrav mit dem Centgerichte aufstehen, „den Gerichtsstab in die Hand nehmen und das Centgericht im Na= „men Sr. Herzoglichen Durchlaucht behegen und verbannen; und „wenn er den Amtsburgermeister befraget, ob seines gnädigsten „Fürsten und Herrn Centgericht mit Richtern genugsam besetzet, auch „beheget und verbannet sey und derselbe mit Ja geantwortet, so „setzet sich der Centgrave mit dem Centgerichte wiederum nieder."

Hieraus geht hervor, wie auch an den Verhandlungen auf dem Rathhause immer noch das Volk im Ganzen als theilnehmend gedacht wurde, indem nicht blos die zunächst Umstehenden als Vertreter desselben eingelassen, sondern auch der übrigen Menge durch gewisse Zeichen der Zeitpunct der Handlungen angezeigt wurde, um sie zur Theilnahme oder doch zum achtungsvollen Stillschweigen während derselben einzuladen.

Es scheint unserer Zeit selbst das Verständniß solcher auf das Gericht, die Angeklagten und die Umstehenden wirkenden Formen verloren gegangen zu sein; ob aber die Würde der Gerichte, die Wirksamkeit der gerichtlichen Handlungen und das Vertrauen des Volks zu denselben unter der jetzigen gerühmten Einfachheit gewonnen haben, ist eine andere Frage.

Schon daß das entscheidende Gericht sogar für die zunächst Betheiligten unsichtbar bleibt, ist eine Unnatur, woran man sich in Deutschland nur dadurch gewöhnen lernte, daß früher die rechtsunkundigen Stadtgerichte in wichtigeren Fällen die verhandelten Acten an irgend eine Juristenfacultät oder einen gelehrten Schöppenstuhl zur Abfassung des Urtheils einschickten, um sodann solches, wie eine höhere Rechtsoffenbarung, maschinenmäßig zu verkünden. Noch ein größerer Abstand ist es von den früheren feierlichen Gerichtssitzungen, wenn jetzt die ganze Untersuchung im Amtszimmer oder gar im Schlafzimmer des Actuars oder Referendärs zu Ende geführt wird.

Doch wir wollen ja nicht die Zweckmäßigkeit des öffentlichen Verfahrens, wofür sich auch in Württemberg die Stimmen angesehener Practiker erhoben haben [21]), beweisen, sondern nur den

21) Eine Würdigung der Grundlagen der neuen Strafproceßordnung zu Gunsten der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit und des Anklage-

Digitized by Google

geschichtlichen Standpunct bezeichnen, von welchem unseres Erachtens die Frage aufgefaßt werden sollte. Schon die angeführten Beispiele zeigen, wie die Oeffentlichkeit noch bis in das vorige Jahrhundert in Württemberg gerettet wurde. Sie blieb aber auch nebst dem Anklageverfahren verfassungsmäßiger[22]) Grundsatz in peinlichen Sachen bis in das gegenwärtige Jahrhundert, wo erst unter der unbeschränkten Regierung das sonst bei Ausländern, Zigeunern, Jaunern und Vaganten geltende Untersuchungsverfahren zur Regel für alle Unterthanen erhoben wurde[23]). Selbst der minder feierliche Anklageprozeß super facto, welcher statthatte, wenn zwar das angeschuldigte Verbrechen eine peinliche Strafe im Grundsatze nach sich zog, welche aber wegen vorwaltender Umstände voraussichtlich nicht zur Ausführung kommen konnte, wurde gleichfalls bei offenen Thüren vor einer Menge Volks verhandelt, wenn nicht etwa besondere Ursachen den Prozeß bei geschlossenen Thüren zu erkennen räthlich machten, z. B. weil der Prozeß wider angesehene Personen gieng oder durch den öffentlichen Vortrag des Verbrechens ein Aer-

---

verfahrens s. in Hofakers Jahrbüchern Bd. IV. S. 267 f. (von dem Herausgeber selbst). Vergleiche den Commissionsbericht von Scheurlen und Knapp S. 65 f.

22) S. Tübinger Vertrag von 1514: „Es soll auch Niemands Inn Pynlichen sachen, wa es Eer, lyb, oder leben antrifft, anders dann mit Vrtail vnnd Recht gestrafft oder getöttet, Sonnder ainem yeden nach sinem Verschulden Rechts gestattet werden. Es were dann In fellen, darinn die kayserlichen Recht Anders zuthond zulassen, vnnd mit gefanngnuß vnnd frag soll es wie von alter Herkommen ist, gehalten werden." (Württemb. Gesetzsammlung II, 43.) S. Erbvergleich v. 1770 cl. I. grav. 3. §. 1. (Das. S. 55.) Bei Abschluß der neuen Verfassung vom J. 1819 wünschten die Stände, die Oeffentlichkeit der Rechtspflege möchte als durchgreifender Grundsatz anerkannt werden, ebenso das Recht des Angeklagten, selbst oder durch einen geprüften Rechtsgelehrten sich schriftlich vertheidigen zu dürfen. Die Regierung glaubte jedoch, daß durch solche allgemeine Aussprüche der künftigen Gesetzgebung nicht vorgegriffen werden dürfe. Meine Einleit. in die Staatsgrundgesetze §. 452.

23) Instr. vom 27. Juli 1806. §. 8.



Digitized by Google

gerniß zu befürchten stand, wie bei dem Laster der Sodomie und dergleichen [24]).

Allerdings war in Folge der Einmischung der fremden Rechte [25]) die Mündlichkeit und damit der Werth der Oeffentlichkeit großentheils verschwunden. Das peinliche Verhör, welches schon früher aus dem kanonischen Inquisitionsprozesse herübergenommen worden, ward mit allen seinen Mißbräuchen nun dem Anklageverfahren vorangeschickt, und, da auf das Geständniß jetzt das Hauptgewicht gelegt wurde, auch in solchen Fällen angewendet, wo eine öffentliche Ueberweisung durch Zeugen oder Eidhelfer (conjuratores) nach früherem Rechte keinem Anstande unterlegen wäre. Die zweite Regimentsordnung von 1498 enthielt zwar noch den Grundsatz: „die Ankläger sollen immer nur in Gegenwart des Beschuldigten gehört werden"; doch ward hiervon nicht nur in dem Falle, wenn man des letztern nicht habhaft werden konnte, sondern überall bei peinlichen Verbrechen eine Ausnahme gemacht, wo jedoch dem Angeschuldigten und dessen Verwandten auf Anrufen peinliches Recht oder Abtrag gestattet werden sollte [26]). Der Tübinger Vertrag von 1514 begnügte sich, letzteres zu wiederholen; bei Erläuterung desselben im Jahr 1520 ward aber aus Anlaß einiger an der s. g. Ehrbarkeit selbst begangenen Mißbräuche, indem Herzog Ulrich mehrere von seinen Räthen, Amtleuten und der Landschaft ohne Weiteres foltern und auf ihre erpreßten Geständnisse ungeachtet ihres Widerrufs hinrichten ließ, ein rechtliches Vorerkenntniß über die Zulässigkeit von peinlichem Gefängniß und p. Frage gefordert, welchem eine Ermessung des Verdachts und des Grads der Tortur vorauszugehen hätte [27]). Auch die Aussagen der Zeugen und andere Beweis-

24) Gerstlacher a. a. O. S. 89.

25) Ueber deren nachtheiligen Einfluß auf unser Strafverfahren s. außer Gerstlacher und Maurer namentlich Malblanc Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung S. 87 f. Henke, Geschichte des peinlichen Rechts I. S. 293 f.

26) Sammlung der württ. Staatsgrundgesetze Bd. II. S. 24 unten und S. 25. Vergl. S. 38.

27) Das. S. 67. Hofacker in seinen Jahrbüchern I. S. 43. 50. Die Grausamkeiten wider Conrad Breuning, welche ein furchtbares Bild peinlicher Inquisitionsgräuel geben, weiß auch Heyd, Geschichte Herzog Ulrichs I. S. 483—487 nicht in Schutz zu nehmen.

Digitized by Google

mittel wurden nunmehr gesammelt vor dieser Vorentscheidung, so daß der endliche Rechtstag zuletzt in einer bloßen Ablesung der Acten und einer geschriebenen Vertheidigung bestand, welche zuweilen noch auf Einziehung eines Entschuldigungsbeweises, namentlich Abhör weiterer Zeugen antrug, worüber, wenn das Gericht sie für zulässig erkannte, in einer andern Sitzung Bericht erstattet wurde. Die Vorberathung der Schöffen wurde auch von der peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532 angeordnet, welche ausdrücklich die Abhör der Zeugen vor gesammtem Gerichte für überflüssig erklärte. (Art. 81, 89—91.)

Dieser Rechtstag war also eine „leere Ceremonie", bei welcher ausgesprochen wurde, was früher schon überlegt und niedergeschrieben war [28]). Den Anforderungen an eine schleunige, thatkräftige und lebendige Rechtspflege ward dadurch nicht entsprochen; allein der Grund davon lag nicht in der deutschen Form des öffentlich-mündlichen Anklageverfahrens, sondern in der Einmischung des schriftlichen Verfahrens und der kanonischen Inquisitionsmaxime, wodurch einerseits der Säumniß, andererseits der Willkühr, Thür und Thor geöffnet wurden.

Das jetzt vorgeschlagene Schlußverfahren ist zwar als ein zeitgemäßer Fortschritt insofern anzuerkennen, als seit 1806 auch jene Ceremonie des endlichen Rechtstags aufgehört hatte; allein mehr als die Vortheile und Nachtheile des letztern werden dadurch nicht gewährt; und so fürchten wir, daß mehr eine kostbare Hemmung als eine Förderung der Gerichtsthätigkeit daraus hervorgehen wird.

Wir kehren zurück zu dem Berichte des preußischen Justizministeriums. Wie weit hienach das deutsche Verfahren wieder hergestellt werden soll, ist daraus nicht ersichtlich; auch ist es derzeit so ungewiß, ob derselbe in die entworfene Ordnung des Strafverfahrens übergehen wird, als dieß bei den Grundsätzen des württembergischen Entwurfs der Fall ist. Allein immerhin ist das Wünschenswerthe der Aenderung dort in einem viel weiter gehenden Umfange nahe gelegt.

Merkwürdig ist jener Bericht auch noch in Beziehung auf die Einrichtung des Verfahrens in bürgerlichen Streitigkeiten.

Wie das württembergische Edict über die Rechtspflege in den

---

28) v. Maurer a. a. O. S. 357.

Digitized by Google

untern Instanzen vom 31. Dezember 1818 darauf ausgegangen ist, das mündliche Streitverfahren bei den Oberamtsgerichten möglichst wieder herzustellen, so hat das preußische Gesetz vom 1. Juni 1833 bei einer Anzahl von Sachen einen abgekürzten mündlichen Prozeß an die Stelle des früheren schriftlichen Verfahrens gesetzt. Der Bericht (c. a. O. S. 372) theilt nun über den Erfolg dieser Aenderung Folgendes mit:

Was die Aeußerungen der Präsidenten und Obergerichte über Abänderungen im Civilverfahren anbelangt, so wird am Allgemeinsten

die Ausdehnung der durch das Gesetz vom 1. Juni 1833 eingeführten abgekürzten Prozeßarten auf eine größere Anzahl von Sachen,

mehrseitig selbst die größere Substituirung des summarischen Prozesses für den ordinairen, nur unter einigen Modifikationen im Verfahren, gewünscht.

Die Revision des gewöhnlichen Prozeßverfahrens wird durch diese Aeußerungen indirekt als ein dringendes Bedürfniß dargestellt; die Beendigung dieser Revision scheint jedoch noch in die Ferne gestellt zu sein.

In Erwägung dessen, und in Berücksichtigung der günstigen Resultate, welche die Formen des abgekürzten mündlichen Prozeßverfahrens fortgesetzt bewähren, des Beifalls, welchen diese Prozeßart bei den Parteien nicht weniger, als bei den Ober- und Untergerichten in steigender Progression findet, nehme ich aus den vielseitig und dringend ausgesprochenen Wünschen der Gerichtsbehörden Veranlassung, bei Ew. Königl. Majestät in Unterthänigkeit anzufragen:

ob, wie ich mir bereits in meinem ehrfurchtsvollen Berichte vom 20. März 1838 anheimzustellen erlaubte, die schon im Jahre 1835 schwebend gewesenen Verhandlungen über die Erweiterung des Prozeßverfahrens nach dem Gesetz vom 1. Juni 1833, getrennt von den

Digitized by Google

Berathungen über den ordentlichen Prozeß wieder aufgenommen werden können?

Gleichfalls wird (Jahrb. a. a. O. S. 401) der mündlichen Verhandlung von Ehescheidungssachen vor dem gesammten aus 6 geistlichen und weltlichen Mitgliedern bestehenden Consistorium in der Provinz Greifswalde das Wort geredet, weil hierdurch die Wirksamkeit der Ermahnung befördert, die Ermittlung des eigentlichen Grundes des ehelichen Unfriedens erleichtert und die Gediegenheit des Urtheils verbürgt, zu schnelle Scheidung verhütet werde. Der Minister bemerkt hierzu:

Das unmittelbare Verhandeln vor den Richtern wird allerdings in Ehescheidungssachen, wie in andern Prozessen, gewisse Vorzüge gewähren. Die Gegenwart des Collegiums kann aber andrerseits auch bei Verhandlungen über Gegenstände, die das Zartgefühl, nicht selten das Schaamgefühl, berühren, der Rechtsverfolgung hinderlich werden.

In Würtemberg findet die Verhandlung in Ehestreitigkeiten der Evangelischen gleichfalls mündlich vor den Bezirksgerichten Statt, welchen in diesem Falle ein evangelischer Geistlicher beigegeben ist; die Entscheidung kommt den ehegerichtlichen Senaten der Kreisgerichte zu, von welchen auch die Scheidung nach einer vorausgegangenen mündlichen Schlußverhandlung mit den Parteien und deren Rechtsbeiständen ausgesprochen wird.

Von einer zu gewährenden Oeffentlichkeit in bürgerlichen Streitigkeiten ist in dem Berichte des preußischen Justizministeriums nicht die Rede; ebensowenig von einer Wiederbeiziehung ungelehrter Beisitzer zu den Gerichten, oder von der Ausdehnung des Geschwornen=Instituts in den Rheinlanden auf die übrigen Provinzen. Auch die Erläuterungen des Geheimenraths v. Gros zu dem württembergischen Entwurf einer Strafprozeßordnung sprechen sich gegen die Fähigkeit des Volks zur Beurtheilung gerichtlicher Handlungen in Hinsicht auf die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens so entschieden aus [29]), daß man daraus deutlich sieht, wie noch weniger eine solche Fähigkeit in den verwickelteren Civilrechtssachen dem

29) Commissionsbericht S. 26.

Digitized by Google

schlichten Bürger zugetraut werden will [30]. **Und doch beruht die ganze Gestaltung der Untergerichte in Württemberg** (Gemeinderäthe und Oberamtsgerichte) **auf der entgegenstehenden Voraussetzung!**

---

30) Wann werden die deutschen Juristen aufhören, sich für die *allein* Wissenden und Andere, weil sie nicht die juristischen Examina gemacht haben (worin, beiläufig bemerkt, vaterländisches Recht nicht vorzugsweise erfragt wird), für die Unwissenden zu halten? Nicht früher, als bis sie sich überzeugt haben, wie sehr einer großen Anzahl unter ihnen **deutsche** Bildung abgeht, wie vieles Recht ihnen unbewußt noch jetzt im Volke ruht, und wie etwas ganz Anderes nothwendig ist, um dieses Volk und seine Verhältnisse zu beurtheilen, als eine von dem Leben abgekehrte Wissenschaft! Und wie sieht es aus mit dieser Wissenschaft, wenn wir sie auch rein für sich in ihrer Anwendung betrachten; schreiten die Richter und Fürsprecher fort mit ihr in ihrem abgegrenzten Gebiete, befruchten sie *dieselbe* mit ihren Erfahrungen und lassen sie sich umgekehrt von ihr geistig erheben unter der Last täglicher Arbeit? Es ist dieß leider bei den Allermeisten nicht der Fall, und gerade bei den Befähigtsten und darum Beschäftigtsten kaum möglich. Jedes Mitglied eines Richtercollegiums ist namentlich so sehr von eigenen Actenarbeiten in Anspruch genommen, daß ihm kaum die Lust und die *Freiheit des* Gedankens übrig bleibt, um die Ausarbeitungen anderer in der gemeinschaftlichen Sitzung zu prüfen, und jedes Collegium so sehr beschäftigt, daß gründliche Erörterungen eigentlich gescheut werden. Daher nun aber die vielen mangelhaften, sich unter einander widersprechenden und selbst actenwidrige Entscheidungen der höheren Gerichte, Entscheidungen, welche der gesunde unbefangene Menschenverstand, wäre ihm die Sache klar in öffentlich-mündlicher Rede vorgelegt worden, allerdings nicht getroffen hätte. Man wendet ein, das Volk sei mit den gegenwärtigen Juristengerichten zufrieden! Wo das Volk nie einen andern Zustand gekannt hat, ist ihm der Anlaß zur Vergleichung genommen; allein gehen *wir* zurück auf die Zeit, wo jene Gerichte eingeführt wurden: waren nicht damals die Klagen laut und allgemein? Und haben nicht diese Klagen über verzögerte und vertheuerte Rechtspflege, so wie über Ungewißheit des Rechts damals begonnen und seither nicht aufgehört?

Digitized by Google

Ich habe schon vor 14 Jahren in einer jugendlichen Schrift [31]) gegen die Ansicht gekämpft, welche die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens hauptsächlich nur in Strafsachen für wünschenswerth hält, im bürgerlichen Verfahren aber eher Nachtheile davon erwartet [32]), und den Grund dieser ungleichen Auffassung darin gesucht, daß man dort der öffentlichen Meinung, welche häufig nur an die äußere Seite einer Sache sich hält, und für das peinliche Verfahren, als das mehr in das Leben heraustretende, eine größere Aufmerksamkeit zeigt, nachgeben zu müssen glaubt, ohne sich eine weitere Aufgabe zu setzen, als das Vertrauen zu einer Rechtspflege wieder herzustellen, welche es mit den wichtigsten Gütern des Lebens zu thun hat. Seither hat an manchen Orten eine Vorliebe für die Oeffentlichkeit der bürgerlichen Rechtspflege sich gezeigt, während eine gleiche Oeffentlichkeit in Strafsachen Anstoß fand, weil man hier das richterliche Urtheil fremden Einflüssen auszusetzen fürchtete. So ist bei den badischen höhern Civilgerichten die öffentliche Verhandlung seit einigen Jahren in vollem Gange, und auch diejenigen Mitglieder der Gerichts- und der Advokatenbank, welche Anfangs dagegen waren, sollen sich jetzt großentheils damit ausgesöhnt haben. Fremde, welche den Sitzungen des Oberhofgerichts zu Mannheim in neuerer Zeit angewohnt haben, rühmen den ernsthaften, würdigen und doch zugleich raschen Verlauf der mündlichen Verhandlung in denselben, und namentlich die Gewandtheit der lebendigen Rede, welche die Rechtsanwälte in kurzer Zeit erlangt haben. Auf den Vorgang der rheinbairischen, rheinhessischen, rheinpreußischen Gerichte, von welchen Viele einen gleichen Eindruck hinweggenommen haben, will ich kein Gewicht legen, weil man sie gewöhnlich als französische Gerichte ansieht, obwohl sie deutsche Gerichte sind, und der Code civil,

---

31) Ueber die Bedürfnisse unserer Zeit in der Gesetzgebung, mit besonderer Rücksicht auf den Zustand der letztern in Würtemberg. Stuttgart und Tübingen 1828. S. 32.

32) S. z. B. Bemerkungen zu dem württemb. Organisationsedict über die Rechtspflege in den untern Instanzen S. 18. Nur auf das Strafverfahren geht auch der §. 213 dieses Edicts v. 31. Dezbr. 1818. §. 213: „Die Herstellung eines angemessenen öffentlichen Verfahrens bei Criminalprozessen bleibt künftiger Entschließung vorbehalten."

Digitized by Google

den sie anwenden, mehr deutsche Bestandtheile hat, als das bei uns angewendete römische Recht, welches keine enthält [33]. Dagegen sei es mir gestattet, die feine Beobachtungsgabe und das richtige Gefühl unseres ersten deutschen Dichters und Schriftstellers, welcher niemals durch französische Gedanken irre geleitet worden, zumal nicht in der Zeit, wovon hier die Rede (1786), zum Zeugniß zu nehmen dafür, daß eine öffentlich verhandelte Rechtssache, sei sie auch verwickelter Art, doch von dem gesunden Sinne der Umstehenden aufgefaßt wird, und daß selbst das Unziemliche und Abgeschmackte in dem Benehmen einzelner Handelnden den sittlichen Eindruck des Ganzen nicht hindert [34].

Dieß führt mich auf eine weitere gesetzgeberische Rücksicht bei Einführung der öffentlichen Gerechtigkeitspflege, nämlich die auf Verbreitung einer vollständigeren Kenntniß des Rechts im Volke und hinwieder auf Benützung des gesunden Sinnes unsers Volks für die Rechtsprechung. Die letztere Rücksicht, welche für den Zweck des Verfahrens, Vergewisserung und Schutz der Rechte, gleichfalls von hoher Bedeutung ist, geht die Rechtspflege in Streitsachen nicht minder an als die in Strafsachen. Diese Rücksicht wird aber durch bloße Abänderung der Form des Verfahrens nicht befriedigt, sondern dazu gehört zunächst eine Aenderung in der Zusammensetzung der Gerichte.

Die Einrichtung des französischen Schwurgerichts, wonach besondere Urtheiler über die That und über das Recht gesetzt sind [35],

---

33) Ueber das germanische Element des Code civil s. Zöpfl in dieser Zeitschrift Bd. V. S. 110.

34) Göthe italienische Reise (Werke Bd. 27. S. 116 f. der Ausgabe in 12. von 1829): „Im herzoglichen Palast hörte ich eine Rechtssache öffentlich verhandeln; sie war wichtig und zu meinem Glück in den Ferien vorgenommen. — — — Ich nenne dieß eine Komödie, weil alles wahrscheinlich schon fertig ist, wenn diese öffentliche Darstellung geschieht; die Richter wissen, was sie sprechen sollen, und die Partei weiß, was sie zu erwarten hat. Indessen gefällt mir diese Art unendlich besser, als unsere Stuben- und Kanzlei-Hockereien. Und nun von den Umständen, und wie artig, ohne Prunk, wie natürlich alles zugeht" u. s. w.

35) Ich nenne hier blos das französische Schwurgericht, weil es be-

Digitized by Google

scheint allzu künstlich und setzt den eigentlichen Richter in ein unpassendes untergeordnetes Verhältniß, gleichwie auch die Geschwornen, welche im Grunde nichts Anderes sind, als die alten Besatzleute oder cives jurati, leicht Gehülfen für das eine oder andere Parteiinteresse werden, wenn sie nicht als Richter sich fühlen und in zweifelhaften Fällen von in der Rechtslogik geübten und gebildeten Urtheilern berathen sind. Das Gleiche gilt auch von der Entscheidung streitiger Rechtsfälle. Deßhalb scheinen mir gemischte Gerichte, mindestens in erster Stufe, den Vorzug zu verdienen, kurz eine Einrichtung, wie sie bei den württembergischen Oberamtsgerichten seit 1819 besteht, indem die sogenannten Gerichtsbeisitzer aus der Mitte des Volks gewählt sind und selbstständig, wie die beiden rechtsgelehrten Mitglieder (Oberamtsrichter und Actuar), ihre Stimmen sowohl über die Rechts- als über die Thatfrage abgeben[36]). Größer würde der

---

stritten ist, ob die englischen Geschwornen blos als Richter der That oder auch des Rechts anzusehen sind. J. Rey, des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France. Paris 1828. tom. II. p. 34 seq. Gewiß ist, daß es in England, abgesehen von den Jurys, welche erst eine spätere Bildung sind, eine große Anzahl von Gerichten gibt, wie z. B. das Parlament selbst, wo die Rechtsfrage nicht ausgeschieden ist, und daß überhaupt die Einheit der zu beurtheilenden Handlung gegen diese Sonderung spricht. Die Einwendungen, welche Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires, Paris 1829, tom. II, p. 302—304 gegen die englische Anwendung der Geschwornen auf Civilsachen macht, weil diese häufiger verwickelter seien und daher größere Geschäftserfahrung voraussetzen, betreffen nur die Wandelbarkeit in der Zusammensetzung der Jury (durchs Loos) und ihre Abhängigkeit von dem Gerichtshofe, daher er ständige und unabhängige Richter wünscht. Rey l. c. p. 69 bemerkt indessen, daß er niemals in England eine Bemerkung gehört, welche den von Meyer gemachten und in Frankreich bekanntlich durchgeführten Unterschied zwischen Civil- und Criminalsachen rechtfertigen. Auch Bentham hat die gegen die Geschwornen überhaupt vorgebrachten Gründe später im Wesentlichen zurückgenommen.

36) Schon bei der ersten Bildung der Oberamtsgerichte vom J. 1811 wurde festgesetzt, daß wenigstens eines der Mitglieder (Vorstand war der Oberamtmann, gleichfalls gewöhnlich Jurist) Jurist sein müsse. Die Zuständigkeit dieser Gerichte in streitigen Sachen war

Digitized by Google

Nutzen dieser Einrichtung allerdings sein, wenn unser Recht selbst derzeit von einer Beschaffenheit wäre, daß es der gesunde Schöffenverstand, wenigstens in der Mehrzahl der Fälle, ohne Hülfe der Rechtsgelehrten finden könnte. Die Anwendung der fremden Rechte, welche die Beisitzer nicht kennen, steht geradezu in Widerspruch mit der Schöffenverfassung, und ist daher auch früher der Untergang derselben geworden. Allein selbst in ihrer gegenwärtigen Unvollkommenheit hat die gedachte Einrichtung in Württemberg so sehr an Bestand gewonnen, daß die Gesetzgebung nicht blos die Entscheidung aller bürgerlichen Streitigkeiten mit Ausnahme der höchstbefreiten Personen und Sachen den Oberamtsgerichten überließ, sondern auch neuerdings den Strafbereich derselben bedeutend erweiterte.

Gewiß verdient dieser Vorgang auch auswärts beachtet zu werden, wenn davon die Rede ist, die allzu künstlich und kostbar gewordene Gerichtsverfassung auf eine natürliche Grundlage zurückzuführen, und nicht blos das Urtheil der Schriftgelehrten, sondern auch das gemeine Rechts- und Billigkeitsgefühl (arbitrium boni viri) etwas gelten zu lassen. Es kann nicht geläugnet werden, die neuerdings erweiterte Zuständigkeit der württembergischen Bezirksgerichte hatte zum Theil in der Geschäftsüberlast der Kreisgerichte ihren Grund, und die Beisitzeranstalt wäre nach den Ansichten Mancher besser unterdrückt worden, wenn es möglich geschienen hätte, die Untergerichte in collegialischer Form mit lauter Rechtsgelehrten zu besetzen. Allein, mag dem sein wie es will, die ganze Einrichtung der Bezirks- und Ortsgerichte, wie wir sie jezt haben in Württemberg, konnte vernünftiger Weise gar nicht getroffen werden, wenn nicht die Gesetzgebung davon ausgegangen wäre, daß das verständige Urtheil von Männern, welche dem Kreise der zu beurtheilenden Lebensverhältnisse näher stehen, in manchen Streit- und Strafsachen ebenso erwünscht sei, als die Stimme von Rechtsgelehrten, welche hinwieder von Seite der äußeren Geschäftsbehandlung und der Gesetzeskenntniß unentbehrlich sind. Eine solche zwifache Rücksicht in der

---

aber damals nicht größer, als die der heutigen Gemeinderäthe. Ges.Slg. VII. S. 502. Jezt genügt zwar zu Verhandlungen Ein Rechtsgelehrter, Oberamtsrichter oder Gerichtsactuar; aber bei Entscheidungen müssen beide gegenwärtig sein, und außerdem mindestens drei Gerichtsbeisitzer. Das. S. 701.

Digitized by Google

Zusammensetzung der Gerichte ist auch keineswegs neu, sondern sie findet sich schon bei den altdeutschen Volksgerichten in der Stellung der fränkischen sagibarones und der alemannischen judices, von welchen zunächst Gesetzeskenntniß erwartet wurde, und welche daher auch in zweifelhaften Fällen das Recht wiesen, das sofort von den Schöffen bestätigt oder verworfen wurde [37]). Der Schwabenspiegel gibt dem juristischen Element sogar einen Einfluß, welchen die württembergische Gesetzgebung dem Oberamtsrichter nicht ausdrücklich zuerkennt, indem er dem vorsitzenden Richter gestattet, falls die Schöffen ein seiner Ansicht nach gesetzwidriges Urtheil gefällt haben, dieses zu verwerfen und an den höhern Richter zu ziehen [38]).

Haben nun aber die Gerichte einmal einen volksthümlichen Bestandtheil wieder aufgenommen, und in Württemberg, wie an manchen andern Orten, haben sie ihn nie ganz eingebüßt [39]), so sollte

---

37) S. diese Zeitschrift Bd. I. S. 17. Note 8 u. 9. Bericht der Tübinger Juristenfakultät in dem hannöverschen Portfolio Bd. III. S. 215.

38) Schwäb. Landrecht (Laßb.) Cap. 172 I. b. Ungar, die altdeutsche Gerichtsverfassung §. 17. Dasselbe kommt auch im Englischen Recht noch jetzt vor. Blackstone, Comm. on the larst of England b. 3. ch. 24. nr. 1.

39) v. Maurer a. a. O. S. 327 f. In Württemberg wurde die Gerichtsbarkeit der Stadt- und Dorfgerichte erst im J. 1811 aufgehoben, jene veränderten jedoch nur den Namen: denn die alsdann gebildeten Oberamtsgerichte bestanden Anfangs wieder nur aus dem Stadtmagistrat unter Vorsitz des Oberamtmanns. Not. 37. Seit 1819 werden aber die Gerichtsbeisitzer, welche immer noch die Mehrheit des Gerichtscollegiums bildeten, von der Amtsversammlung, d. h. den Vorstehern der Stadt und der Amtsorte aus den Einwohnern der Oberamtsstadt gewählt. IV. Edict vom 31. Dez. 1818. §. 46. Auch die Stadt- und Gemeinderäthe haben seither wieder ein wahres Richteramt in Untergangs- und geringfügigen Sachen. Das. §. 3. In der Schweiz werden bis heutzutage sämmtliche Gerichte mit ungelehrten Urtheilern besetzt; in Schaffhausen und in einigen andern Orten sogar die Advokaten gar nicht zu öffentlichen Aemtern zugelassen. Auf Wiederherstellung der altdeutschen Bauerdinge unter Leitung der Beamten trägt neuerdings an der oldenburgische Oberappellations-Gerichtspräsident Ch. L. Runde, patriotische Phantasien. Oldenburg 1836. S. 15.

Digitized by Google

man glauben, liege in der Einrichtung eines öffentlich-mündlichen Verfahrens keine gefährliche Neuerung; denn nicht nur war dieses mit der ursprünglichen Schöffenverfassung gleichfalls verbunden, sondern es läßt sich auch die letztere nicht zweckmäßig durchführen, wenn nicht den Schöffen (um mit diesem Worte die ungelehrten Beisitzer zu bezeichnen) die zu beurtheilende Sache in mündlich-lebendiger Verhandlung vorgebracht wird. Das schriftliche Vorbringen auf den Grund mehr oder weniger umfassender schriftlicher Handlungen ermüdet schon die Aufmerksamkeit rechtsgelehrter Richter, ist aber für das Fassungsvermögen ungeübter und ungelehrter Urtheile rein ungenießbar.

Die Zulassung neugieriger unbetheiligter Zuhörer oder Zuschauer ist zwar für den Zweck des Urtheilens keine wesentliche, vielmehr unter Umständen eine störende Sache. Auch läßt sich der Grund, welcher im germanischen Recht für die unbedingte Oeffentlichkeit entschieden hat, daß nämlich die Gerichtsbarkeit bei der Volksgemeinde selbst ruhte, diese also auch berechtigt war, gegenwärtig zu sein, ja selbst das Urtheil zu fällen, nicht mehr geltend machen; denn die Gerichtsbarkeit ist nach heutiger Verfassung kein Ausfluß der Volks-, sondern der königlichen Gewalt, und die Schöffen sind nicht Vertreter der einzelnen Gemeinden, oder desjenigen Bezirks, von dem sie gewählt sind, sondern der Staatsgewalt, in deren Namen und aus deren Auftrag sie zu Gericht sitzen. Gleichwohl haben die Vertheidiger der Oeffentlichkeit Recht, wenn sie dieselbe als eine Gewähr für die Aufrechthaltung der gesetzlichen Ordnung des Verfahrens von Seiten der Gerichte verlangen, da zur Controlirung der Gerichte weder die Gerichtsmitglieder selbst, noch die Parteien, sondern nur unbetheiligte Dritte geeignet sind.

Nur geht Feuerbach [40]) zu weit, wenn er in Strafsachen eine gewisse Anzahl tauglicher Bürger nach einer bestimmten Reihenfolge verpflichten will, den Sitzungen des erkennenden Gerichts beizuwohnen: denn schon die Möglichkeit der Gegenwart dritter Personen ist eine Gewähr für die Beobachtung der gesetzlichen Formen; und der Zwang, zu erscheinen, würde vielmehr als eine Last (eine

40) Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege. Gießen 1821. S. 180—182 in Verbindung mit S. 166. 167.

Digitized by Google

neue Art von Gerichtsfrohnden), denn als eine Wohlthat von dem Volke empfunden werden [41]).

Dagegen würde es dem Zweck der Oeffentlichkeit gewiß entgegen sein, wenn dieselbe nicht an das Hauptverfahren, sondern an eine davon getrennte Entscheidung angeknüpft, oder von dem Orte der That und des unmittelbar vorgesetzten Bezirksgerichts künstlich entfernt werden wollte, wie dieß in dem württembergischen Entwurfe beabsichtigt ist, nach welchem die Oeffentlichkeit nur bei den entscheidenden Kreis-Gerichtshöfen stattfinden soll.

Ich kann nicht schließen, ohne noch einigen Einwürfen wider eine volksthümliche Gerichtsverfassung zu begegnen. Selbst die aufgeklärtesten unter unsern Rechtsgelehrten, wie z. B. der eben genannte Feuerbach [42]), haben sich so sehr gegen die Mündigkeit gerade des deutschen Volks in Rechtssachen erklärt, daß es zu verwundern ist, wie man von diesem Standpunkte aus nur dazu kommen konnte, Männern ohne rechtsgelehrte Bildung den Zutritt zu unsern Volkskammern wieder zu gestatten, wo doch so sehr wichtige Beschlüsse zu fassen sind. Daß die Gesetze nicht besser geworden, als man die Stände entbehrte, habe ich schon früher in dieser Zeitschrift (II, 2. S. 201) wider einen auch gegen die ständischen Einrichtungen ausgesprochenen Tadel bemerkt. Ich möchte hier hinzusetzen, daß auch die Rechtspflege nicht besser geworden, als man die ungelehrten Richter davon ausschloß. Hat man sich nun aber bequemt, die Einsicht anderer gebildeten oder einfach verständigen Männer, welche das Vertrauen gewisser Kreise erworben, für die Gesetzgebung wieder zu benützen, so sollte nicht minder bei der Gesetzesanwendung denselben eine Stimme zukommen können. In der That ist deren Wiederbeiziehung in sogenannten verfassungsmäßigen Staaten, d. h. bei beschränkter Einherrschaft, auch schon durch die Aufgabe dieser Staatsgattung geboten, welche die Befriedigung des Gemeinsinns mit dem Anspruch auf öffentliche Ordnung zu verbinden sucht.

41) Meyer l. c. tom. V. p. 124.

42) Dessen erstes Werk über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit vom J. 1821 hat übrigens durch das später als zweiter Theil angefügte über die französische Gerichtsverfassung (s. oben Note 1) manche Berichtigung erhalten, was nicht immer beachtet wird.

Digitized by Google

Ich habe bereits oben bemerkt, wie eine unbeschränkte Theilnahme des Volks an der Rechtspflege nicht wünschenswerth sein möchte, aber eben so wenig eine ausschließlich juristische Gerichtsbesetzung. Diejenigen unter den juristischen Staatsbeamten, welche ihre Stimme für ein juristisches Monopol erhoben haben, sind im scheinbaren Eifer für eine eigene Sache, ich möchte lieber sagen, in ihrer Besorgniß für die ernste Aufgabe der Rechtspflege, offenbar zu weit gegangen. Es möchte dieß auch von einzelnen ehrenwerthen Mitgliedern der württembergischen Kammer der Abgeordneten gesagt sein. Man braucht nicht nach England zu gehen, um einen Maßstab für gemischte Gerichte zu holen („Wer mich verbrittet, ich haß' ihn! mich gallizismet, ich haß ihn!" Klopstock). Man erinnere sich in Württemberg doch nur des Hofgerichts zu Tübingen, welches bis zu seiner Auflösung im J. 1805 gewöhnlich aus 4 Mitgliedern vom Adel, 4 Gelehrten (theils herzoglichen Räthen, theils Professoren) und 4 gewählten Beisitzern von der Landschaft zusammengesetzt war [43]). Dieses Gericht, welches binnen 6 Wochen des Jahrs alle Appellationssachen (nur eine wurde jedesmal auf die Tagfarth gesetzt und gewöhnlich Vormittags, oft sogar in einer oder zwei Stunden erledigt) bei offenen Thüren verhandelte und entschied, war von den Juristen auch seiner Zusammensetzung wegen sehr geachtet [44]).

Die Einwendungen, welche gegen die Herstellung einer volks-

---

43) Nach dem Tübinger Vertrag von 1514 sollte auch das Hofgericht mit Räthen von der Landschaft besetzt werden („dabey — heißt es — bestet es auch woll"); und auch späterhin blieb es verfassungsmäßige Bestimmung, daß dasselbe mit frommen, verständigen und geschickten Personen vom Adel und von der Landschaft besetzt und mit Doctoren nicht übersetzt werden solle. (Ges.Slg. II. S. 48. 62. Vrgl. Hofger.O. von 1654. das. S. 465.) Jetzt werden aber nur ausnahmsweise in ehegerichtlichen Sachen (wo einige geistliche Mitglieder zugezogen werden), in Vormundschaftssachen (da der Pupillenrath nicht nothwendig Jurist ist) und gesetzlich in schwierigen Handelsstreitigkeiten (wo ein Kaufmann mit Stimmrecht beigezogen werden soll: Nov. von 1822 §. 6) andere als rechtsgelehrte Staatsdiener zu den höheren Gerichten verwendet.

44) W. A. Schoepff. Proc. Appellationis, Stuttg. 1748, Proëmium, wo auch noch Urtheile Anderer.

Digitized by Google

thümlichen Rechtspflege in Deutschland gemacht worden, sind ungefähr folgende:

1) Werde dadurch dem Volke ein gefährlicher Einfluß auf den Staat und die öffentliche Ordnung eingeräumt. Auch hiegegen spricht die Geschichte, welche zeigt, daß die Theilnahme des Volks an der Rechtsprechung, namentlich in Strafsachen, mit der gewaltsamsten aller Regierungen, der soldatischen Willkürherrschaft (unter Napoleon) sich vereinigen läßt, in einer ständischen Verfassung aber ein wahres Bedürfniß befriedigt, sofern durch Berufung des Volks zur Rechtspflege der Sinn desselben für das Recht selbst und eine anständige Freiheit belebt wird.

2) Eine unpartheiische Gerechtigkeitspflege fordere, daß der Richter über dem Volke stehe, den Einflüssen der Parteien und einer spießbürgerlichen Alltäglichkeit nicht ausgesetzt sei. Dieser Einwurf würde, wäre er richtig, die Gerichte der Ebenbürtigen ausschließen, und doch beruht die Möglichkeit, die Verhältnisse des Lebens zu beurtheilen, auf der Einsicht in diese Verhältnisse, welche ein Fernstehender nicht hat. Auch die Gerichte des Mittelalters waren der Regel nach Pärsgerichte. Noch bis in dieses Jahrhundert hatten die adelichen Lehensleute in Würtemberg das Recht, auf ein Vasallengericht anzutragen, und in neuerer Zeit ist den standesherrlichen Familienhäuptern der Vorzug eingeräumt worden, durch Ihresgleichen gerichtet zu werden. Uebrigens kann man alle Achtung für den Beruf der Rechtsgelehrten haben, ja selbst Jurist sein, ohne darum die rechtsgelehrten Richter den menschlichen Leidenschaften und Einseitigkeiten entrückt zu denken. Auch unsere deutschen Gesetzgebungen, wenn sie schon im Allgemeinen den Grundsatz des judicium parium verlassen haben, sind doch weit entfernt, den entgegengesetzten Grundsatz anzunehmen.

3) Der Beruf zur Rechtspflege fordere seiner Natur nach eine eigenthümliche wissenschaftliche Vorbereitung und Geschäftserfahrung, welche nur die Juristen genießen. Dieser Einwurf ist so häufig und in gewisser Beziehung so sehr begründet, daß, wer ihn wegräumen wollte, sich lächerlich machen, den Vorzug der Bildung bestreiten würde. Nur gegen die übertriebene juristische Selbstschätzung und gegen das Unrecht, welches darin gegen andere Stände liegt, habe ich oben (S. 359) gesprochen, und dagegen die Erfahrungen der Vergangenheit und gegenwärtige Einrichtungen angeführt, welche



Digitized by Google

schlichten Bürger zugetraut werden will[30]). **Und doch beruht die ganze Gestaltung der Untergerichte in Württemberg** (Gemeinderäthe und Oberamtsgerichte) **auf der entgegenstehenden Voraussetzung!**

---

30) Wann werden die deutschen Juristen aufhören, sich für die allein Wissenden und Andere, weil sie nicht die juristischen Examina gemacht haben (worin, beiläufig bemerkt, vaterländisches Recht nicht vorzugsweise erfragt wird), für die Unwissenden zu halten? Nicht früher, als bis sie sich überzeugt haben, wie sehr einer großen Anzahl unter ihnen deutsche Bildung abgeht, wie vieles Recht ihnen unbewußt noch jetzt im Volke ruht, und wie etwas ganz Anderes nothwendig ist, um dieses Volk und seine Verhältnisse zu beurtheilen, als eine von dem Leben abgekehrte Wissenschaft! Und wie sieht es aus mit dieser Wissenschaft, wenn wir sie auch rein für sich in ihrer Anwendung betrachten; schreiten die Richter und Fürsprecher fort mit ihr in ihrem abgegrenzten Gebiete, befruchten sie dieselbe mit ihren Erfahrungen und lassen sie sich umgekehrt von ihr geistig erheben unter der Last täglicher Arbeit? Es ist dieß leider bei den Allermeisten nicht der Fall, und gerade bei den Befähigtsten und darum Beschäftigtsten kaum möglich. Jedes Mitglied eines Richtercollegiums ist namentlich so sehr von eigenen Actenarbeiten in Anspruch genommen, daß ihm kaum die Lust und die Freiheit des Gedankens übrig bleibt, um die Ausarbeitungen anderer in der gemeinschaftlichen Sitzung zu prüfen, und jedes Collegium so sehr beschäftigt, daß gründliche Erörterungen eigentlich gescheut werden. Daher nun aber die vielen mangelhaften, sich unter einander widersprechenden und selbst actenwidrige Entscheidungen der höheren Gerichte, Entscheidungen, welche der gesunde unbefangene Menschenverstand, wäre ihm die Sache klar in öffentlich-mündlicher Rede vorgelegt worden, allerdings nicht getroffen hätte. Man wendet ein, das Volk sei mit den gegenwärtigen Juristengerichten zufrieden! Wo das Volk nie einen andern Zustand gekannt hat, ist ihm der Anlaß zur Vergleichung genommen; allein gehen wir zurück auf die Zeit, wo jene Gerichte eingeführt wurden: waren nicht damals die Klagen laut und allgemein? Und haben nicht diese Klagen über verzögerte und vertheuerte Rechtspflege, so wie über Ungewißheit des Rechts damals begonnen und seither nicht aufgehört?

Digitized by Google

Ich habe schon vor 14 Jahren in einer jugendlichen Schrift [31]) gegen die Ansicht gekämpft, welche die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens hauptsächlich nur in Strafsachen für wünschenswerth hält, im bürgerlichen Verfahren aber eher Nachtheile davon erwartet [32]), und den Grund dieser ungleichen Auffassung darin gesucht, daß man dort der öffentlichen Meinung, welche häufig nur an die äußere Seite einer Sache sich hält, und für das peinliche Verfahren, als das mehr in das Leben heraustretende, eine größere Aufmerksamkeit zeigt, nachgeben zu müssen glaubt, ohne sich eine weitere Aufgabe zu setzen, als das Vertrauen zu einer Rechtspflege wieder herzustellen, welche es mit den wichtigsten Gütern des Lebens zu thun hat. Seither hat an manchen Orten eine Vorliebe für die Oeffentlichkeit der bürgerlichen Rechtspflege sich gezeigt, während eine gleiche Oeffentlichkeit in Strafsachen Anstoß fand, weil man hier das richterliche Urtheil fremden Einflüssen auszusetzen fürchtete. So ist bei den badischen höhern Civilgerichten die öffentliche Verhandlung seit einigen Jahren in vollem Gange, und auch diejenigen Mitglieder der Gerichts- und der Advokatenbank, welche Anfangs dagegen waren, sollen sich jetzt großentheils damit ausgesöhnt haben. Fremde, welche den Sitzungen des Oberhofgerichts zu Mannheim in neuerer Zeit angewohnt haben, rühmen den ernsthaften, würdigen und doch zugleich raschen Verlauf der mündlichen Verhandlung in denselben, und namentlich die Gewandtheit der lebendigen Rede, welche die Rechtsanwälte in kurzer Zeit erlangt haben. Auf den Vorgang der rheinbairischen, rheinhessischen, rheinpreußischen Gerichte, von welchen Viele einen gleichen Eindruck hinweggenommen haben, will ich kein Gewicht legen, weil man sie gewöhnlich als französische Gerichte ansieht, obwohl sie deutsche Gerichte sind, und der Code civil,

31) Ueber die Bedürfnisse unserer Zeit in der Gesetzgebung, mit besonderer Rücksicht auf den Zustand der letztern in Würtemberg. Stuttgart und Tübingen 1828. S. 32.

32) S. z. B. Bemerkungen zu dem württemb. Organisationsedict über die Rechtspflege in den untern Instanzen S. 18. Nur auf das Strafverfahren geht auch der §. 213 dieses Edicts v. 31. Dezbr. 1818. §. 213: „Die Herstellung eines angemessenen öffentlichen Verfahrens bei Criminalprozessen bleibt künftiger Entschließung vorbehalten."

Digitized by Google

den sie anwenden, mehr deutsche Bestandtheile hat, als das bei uns angewendete römische Recht, welches keine enthält [33]). Dagegen sei es mir gestattet, die feine Beobachtungsgabe und das richtige Gefühl unseres ersten deutschen Dichters und Schriftstellers, welcher niemals durch französische Gedanken irre geleitet worden, zumal nicht in der Zeit, wovon hier die Rede (1786), zum Zeugniß zu nehmen dafür, daß eine öffentlich verhandelte Rechtssache, sei sie auch verwickelter Art, doch von dem gesunden Sinne der Umstehenden aufgefaßt wird, und daß selbst das Unziemliche und Abgeschmackte in dem Benehmen einzelner Handelnden den sittlichen Eindruck des Ganzen nicht hindert [34]).

Dieß führt mich auf eine weitere gesetzgeberische Rücksicht bei Einführung der öffentlichen Gerechtigkeitspflege, nämlich die auf Verbreitung einer vollständigeren Kenntniß des Rechts im Volke und hinwieder auf Benützung des gesunden Sinnes unsers Volks für die Rechtsprechung. Die letztere Rücksicht, welche für den Zweck des Verfahrens, Vergewisserung und Schutz der Rechte, gleichfalls von hoher Bedeutung ist, geht die Rechtspflege in Streitsachen nicht minder an als die in Strafsachen. Diese Rücksicht wird aber durch bloße Abänderung der Form des Verfahrens nicht befriedigt, sondern dazu gehört zunächst eine Aenderung in der Zusammensetzung der Gerichte.

Die Einrichtung des französischen Schwurgerichts, wonach besondere Urtheiler über die That und über das Recht gesetzt sind [35]),

33) Ueber das germanische Element des Code civil s. Zöpfl in dieser Zeitschrift Bd. V. S. 110.

34) Göthe italienische Reise (Werke Bd. 27. S. 116 f. der Ausgabe in 12. von 1829): „Im herzoglichen Palast hörte ich eine Rechtssache öffentlich verhandeln; sie war wichtig und zu meinem Glück in den Ferien vorgenommen. — — — Ich nenne dieß eine Komödie, weil alles wahrscheinlich schon fertig ist, wenn diese öffentliche Darstellung geschieht; die Richter wissen, was sie sprechen sollen, und die Partei weiß, was sie zu erwarten hat. Indessen gefällt mir diese Art unendlich besser, als unsere Stuben- und Kanzlei-Hockereien. Und nun von den Umständen, und wie artig, ohne Prunk, wie natürlich alles zugeht" u. s. w.

35) Ich nenne hier blos das französische Schwurgericht, weil es be-

Digitized by Google

scheint allzu künstlich und setzt den eigentlichen Richter in ein unpassendes untergeordnetes Verhältniß, gleichwie auch die Geschwornen, welche im Grunde nichts Anderes sind, als die alten Besatzleute oder cives jurati, leicht Gehülfen für das eine oder andere Parteiinteresse werden, wenn sie nicht als Richter sich fühlen und in zweifelhaften Fällen von in der Rechtslogik geübten und gebildeten Urtheilern berathen sind. Das Gleiche gilt auch von der Entscheidung streitiger Rechtsfälle. Deßhalb scheinen mir gemischte Gerichte, mindestens in erster Stufe, den Vorzug zu verdienen, kurz eine Einrichtung, wie sie bei den würtembergischen Oberamtsgerichten seit 1819 besteht, indem die sogenannten Gerichtsbeisitzer aus der Mitte des Volks gewählt sind und selbstständig, wie die beiden rechtsgelehrten Mitglieder (Oberamtsrichter und Actuar), ihre Stimmen sowohl über die Rechts- als über die Thatfrage abgeben[36]. Größer würde der

---

stritten ist, ob die englischen Geschwornen blos als Richter der That oder auch des Rechts anzusehen sind. J. Rey, des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France. Paris 1828. tom. II. p. 34 seq. Gewiß ist, daß es in England, abgesehen von den Jurys, welche erst eine spätere Bildung sind, eine große Anzahl von Gerichten gibt, wie z. B. das Parlament selbst, wo die Rechtsfrage nicht ausgeschieden ist, und daß überhaupt die Einheit der zu beurtheilenden Handlung gegen diese Sonderung spricht. Die Einwendungen, welche Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires, Paris 1829, tom. II, p. 302—304 gegen die englische Anwendung der Geschwornen auf Civilsachen macht, weil diese häufiger verwickelter seien und daher größere Geschäftserfahrung voraussetzen, betreffen nur die Wandelbarkeit in der Zusammensetzung der Jury (durchs Loos) und ihre Abhängigkeit von dem Gerichtshofe, daher er ständige und unabhängige Richter wünscht. Rey l. c. p. 69 bemerkt indessen, daß er niemals in England eine Bemerkung gehört, welche den von Meyer gemachten und in Frankreich bekanntlich durchgeführten Unterschied zwischen Civil- und Criminalsachen rechtfertigen. Auch Bentham hat die gegen die Geschwornen überhaupt vorgebrachten Gründe später im Wesentlichen zurückgenommen.

36) Schon bei der ersten Bildung der Oberamtsgerichte vom J. 1811 wurde festgesetzt, daß wenigstens eines der Mitglieder (Vorstand war der Oberamtmann, gleichfalls gewöhnlich Jurist) Jurist sein müsse. Die Zuständigkeit dieser Gerichte in streitigen Sachen war

Digitized by Google

Nutzen dieser Einrichtung allerdings sein, wenn unser Recht selbst derzeit von einer Beschaffenheit wäre, daß es der gesunde Schöffenverstand, wenigstens in der Mehrzahl der Fälle, ohne Hülfe der Rechtsgelehrten finden könnte. Die Anwendung der fremden Rechte, welche die Beisitzer nicht kennen, steht geradezu in Widerspruch mit der Schöffenverfassung, und ist daher auch früher der Untergang derselben geworden. Allein selbst in ihrer gegenwärtigen Unvollkommenheit hat die gedachte Einrichtung in Württemberg so sehr an Bestand gewonnen, daß die Gesetzgebung nicht blos die Entscheidung aller bürgerlichen Streitigkeiten mit Ausnahme der höchstbefreiten Personen und Sachen den Oberamtsgerichten überließ, sondern auch neuerdings den Strafbereich derselben bedeutend erweiterte.

Gewiß verdient dieser Vorgang auch auswärts beachtet zu werden, wenn davon die Rede ist, die allzu künstlich und kostbar gewordene Gerichtsverfassung auf eine natürliche Grundlage zurückzuführen, und nicht blos das Urtheil der Schriftgelehrten, sondern auch das gemeine Rechts- und Billigkeitsgefühl (arbitrium boni viri) etwas gelten zu lassen. Es kann nicht geläugnet werden, die neuerdings erweiterte Zuständigkeit der württembergischen Bezirksgerichte hatte zum Theil in der Geschäftsüberlast der Kreisgerichte ihren Grund, und die Beisitzeranstalt wäre nach den Ansichten Mancher besser unterdrückt worden, wenn es möglich geschienen hätte, die Untergerichte in collegialischer Form mit lauter Rechtsgelehrten zu besetzen. Allein, mag dem sein wie es will, die ganze Einrichtung der Bezirks- und Ortsgerichte, wie wir sie jezt haben in Württemberg, konnte vernünftiger Weise gar nicht getroffen werden, wenn nicht die Gesetzgebung davon ausgegangen wäre, daß das verständige Urtheil von Männern, welche dem Kreise der zu beurtheilenden Lebensverhältnisse näher stehen, in manchen Streit- und Strafsachen ebenso erwünscht sei, als die Stimme von Rechtsgelehrten, welche hinwieder von Seite der äußeren Geschäftsbehandlung und der Gesetzeskenntniß unentbehrlich sind. Eine solche zwifache Rücksicht in der

---

aber damals nicht größer, als die der heutigen Gemeinderäthe. Ges.Slg. VII. S. 502. Jezt genügt zwar zu Verhandlungen Ein Rechtsgelehrter, Oberamtsrichter oder Gerichtsactuar; aber bei Entscheidungen müssen beide gegenwärtig sein, und außerdem mindestens drei Gerichtsbeisitzer. Das. S. 701.

Digitized by Google

Zusammensetzung der Gerichte ist auch keineswegs neu, sondern sie findet sich schon bei den altdeutschen Volksgerichten in der Stellung der fränkischen sagibarones und der alemannischen judices, von welchen zunächst Gesetzeskenntniß erwartet wurde, und welche daher auch in zweifelhaften Fällen das Recht wiesen, das sofort von den Schöffen bestätigt oder verworfen wurde [37]. Der Schwabenspiegel gibt dem juristischen Element sogar einen Einfluß, welchen die württembergische Gesetzgebung dem Oberamtsrichter nicht ausdrücklich zuerkennt, indem er dem vorsitzenden Richter gestattet, falls die Schöffen ein seiner Ansicht nach gesetzwidriges Urtheil gefällt haben, dieses zu verwerfen und an den höhern Richter zu ziehen [38].

Haben nun aber die Gerichte einmal einen volksthümlichen Bestandtheil wieder aufgenommen, und in Württemberg, wie an manchen andern Orten, haben sie ihn nie ganz eingebüßt [39], so sollte

---

37) S. diese Zeitschrift Bd. I. S. 17. Note 8 u. 9. Bericht der Tübinger Juristenfakultät in dem hannöverschen Portfolio Bd. III. S. 215.

38) Schwäb. Landrecht (Laßb.) Cap. 172 I.[b] Ungar, die altdeutsche Gerichtsverfassung §. 17. Dasselbe kommt auch im Englischen Recht noch jetzt vor. Blackstone, Comm. on the larst of England b. 3. ch. 24. nr. 1.

39) v. Maurer a. a. O. S. 327 f. In Württemberg wurde die Gerichtsbarkeit der Stadt- und Dorfgerichte erst im J. 1811 aufgehoben, jene veränderten jedoch nur den Namen: denn die alsdann gebildeten Oberamtsgerichte bestanden Anfangs wieder nur aus dem Stadtmagistrat unter Vorsitz des Oberamtmanns. Not. 37. Seit 1819 werden aber die Gerichtsbeisitzer, welche immer noch die Mehrheit des Gerichtscollegiums bildeten, von der Amtsversammlung, d. h. den Vorstehern der Stadt und der Amtsorte aus den Einwohnern der Oberamtsstadt gewählt. IV. Edict vom 31. Dez. 1818. §. 46. Auch die Stadt- und Gemeinderäthe haben seither wieder ein wahres Richteramt in Untergangs- und geringfügigen Sachen. Das. §. 3. In der Schweiz werden bis heutzutage sämmtliche Gerichte mit ungelehrten Urtheilern besetzt; in Schaffhausen und in einigen andern Orten sogar die Advokaten gar nicht zu öffentlichen Aemtern zugelassen. Auf Wiederherstellung der altdeutschen Bauerdinge unter Leitung der Beamten trägt neuerdings an der oldenburgische Oberappellations-Gerichtspräsident Ch. L. Runde, patriotische Phantasien. Oldenburg 1836. S. 15.

Digitized by Google

man glauben, liege in der Einrichtung eines öffentlich-mündlichen Verfahrens keine gefährliche Neuerung; denn nicht nur war dieses mit der ursprünglichen Schöffenverfassung gleichfalls verbunden, sondern es läßt sich auch die letztere nicht zweckmäßig durchführen, wenn nicht den Schöffen (um mit diesem Worte die ungelehrten Beisitzer zu bezeichnen) die zu beurtheilende Sache in mündlich-lebendiger Verhandlung vorgebracht wird. Das schriftliche Vorbringen auf den Grund mehr oder weniger umfassender schriftlicher Handlungen ermüdet schon die Aufmerksamkeit rechtsgelehrter Richter, ist aber für das Fassungsvermögen ungeübter und ungelehrter Urtheile rein ungenießbar.

Die Zulassung neugieriger unbetheiligter Zuhörer oder Zuschauer ist zwar für den Zweck des Urtheilens keine wesentliche, vielmehr unter Umständen eine störende Sache. Auch läßt sich der Grund, welcher im germanischen Recht für die unbedingte Oeffentlichkeit entschieden hat, daß nämlich die Gerichtsbarkeit bei der Volksgemeinde selbst ruhte, diese also auch berechtigt war, gegenwärtig zu sein, ja selbst das Urtheil zu fällen, nicht mehr geltend machen; denn die Gerichtsbarkeit ist nach heutiger Verfassung kein Ausfluß der Volks-, sondern der königlichen Gewalt, und die Schöffen sind nicht Vertreter der einzelnen Gemeinden, oder desjenigen Bezirks, von dem sie gewählt sind, sondern der Staatsgewalt, in deren Namen und aus deren Auftrag sie zu Gericht sitzen. Gleichwohl haben die Vertheidiger der Oeffentlichkeit Recht, wenn sie dieselbe als eine Gewähr für die Aufrechthaltung der gesetzlichen Ordnung des Verfahrens von Seiten der Gerichte verlangen, da zur Controlirung der Gerichte weder die Gerichtsmitglieder selbst, noch die Parteien, sondern nur unbetheiligte Dritte geeignet sind.

Nur geht Feuerbach [40]) zu weit, wenn er in Strafsachen eine gewisse Anzahl tauglicher Bürger nach einer bestimmten Reihenfolge verpflichten will, den Sitzungen des erkennenden Gerichts beizuwohnen: denn schon die Möglichkeit der Gegenwart dritter Personen ist eine Gewähr für die Beobachtung der gesetzlichen Formen; und der Zwang, zu erscheinen, würde vielmehr als eine Last (eine

---

40) Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege. Gießen 1821. S. 180—182 in Verbindung mit S. 166. 167.

Digitized by Google

neue Art von Gerichtsfrohnden), denn als eine Wohlthat von dem Volke empfunden werden [41]).

Dagegen würde es dem Zweck der Oeffentlichkeit gewiß entgegen sein, wenn dieselbe nicht an das Hauptverfahren, sondern an eine davon getrennte Entscheidung angeknüpft, oder von dem Orte der That und des unmittelbar vorgesetzten Bezirksgerichts künstlich entfernt werden wollte, wie dieß in dem württembergischen Entwurfe beabsichtigt ist, nach welchem die Oeffentlichkeit nur bei den entscheidenden Kreis-Gerichtshöfen stattfinden soll.

Ich kann nicht schließen, ohne noch einigen Einwürfen wider eine volksthümliche Gerichtsverfassung zu begegnen. Selbst die aufgeklärtesten unter unsern Rechtsgelehrten, wie z. B. der eben genannte Feuerbach [42]), haben sich so sehr gegen die Mündigkeit gerade des deutschen Volks in Rechtssachen erklärt, daß es zu verwundern ist, wie man von diesem Standpunkte aus nur dazu kommen konnte, Männern ohne rechtsgelehrte Bildung den Zutritt zu unsern Volkskammern wieder zu gestatten, wo doch so sehr wichtige Beschlüsse zu fassen sind. Daß die Gesetze nicht besser geworden, als man die Stände entbehrte, habe ich schon früher in dieser Zeitschrift (II, 2. S. 201) wider einen auch gegen die ständischen Einrichtungen ausgesprochenen Tadel bemerkt. Ich möchte hier hinzusetzen, daß auch die Rechtspflege nicht besser geworden, als man die ungelehrten Richter davon ausschloß. Hat man sich nun aber bequemt, die Einsicht anderer gebildeten oder einfach verständigen Männer, welche das Vertrauen gewisser Kreise erworben, für die Gesetzgebung wieder zu benützen, so sollte nicht minder bei der Gesetzesanwendung denselben eine Stimme zukommen können. In der That ist deren Wiederbeiziehung in sogenannten verfassungsmäßigen Staaten, d. h. bei beschränkter Einherrschaft, auch schon durch die Aufgabe dieser Staatsgattung geboten, welche die Befriedigung des Gemeinsinns mit dem Anspruch auf öffentliche Ordnung zu verbinden sucht.

---

41) Meyer l. c. tom. V. p. 124.

42) Dessen erstes Werk über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit vom J. 1821 hat übrigens durch das später als zweiter Theil angefügte über die französische Gerichtsverfassung (s. oben Note 1) manche Berichtigung erhalten, was nicht immer beachtet wird.

Digitized by Google

Ich habe bereits oben bemerkt, wie eine unbeschränkte Theilnahme des Volks an der Rechtspflege nicht wünschenswerth sein möchte, aber eben so wenig eine ausschließlich juristische Gerichtsbesetzung. Diejenigen unter den juristischen Staatsbeamten, welche ihre Stimme für ein juristisches Monopol erhoben haben, sind im scheinbaren Eifer für eine eigene Sache, ich möchte lieber sagen, in ihrer Besorgniß für die ernste Aufgabe der Rechtspflege, offenbar zu weit gegangen. Es möchte dieß auch von einzelnen ehrenwerthen Mitgliedern der württembergischen Kammer der Abgeordneten gesagt sein. Man braucht nicht nach England zu gehen, um einen Maßstab für gemischte Gerichte zu holen („Wer mich verbrittet, ich haß' ihn! mich gallizismet, ich haß ihn!“ Klopstock). Man erinnere sich in Württemberg doch nur des Hofgerichts zu Tübingen, welches bis zu seiner Auflösung im J. 1805 gewöhnlich aus 4 Mitgliedern vom Adel, 4 Gelehrten (theils herzoglichen Räthen, theils Professoren) und 4 gewählten Beisitzern von der Landschaft zusammengesetzt war [43]). Dieses Gericht, welches binnen 6 Wochen des Jahrs alle Appellationssachen (nur eine wurde jedesmal auf die Tagfarth gesetzt und gewöhnlich Vormittags, oft sogar in einer oder zwei Stunden erledigt) bei offenen Thüren verhandelte und entschied, war von den Juristen auch seiner Zusammensetzung wegen sehr geachtet [44]).

Die Einwendungen, welche gegen die Herstellung einer volks-

---

43) Nach dem Tübinger Vertrag von 1514 sollte auch das Hofgericht mit Räthen von der Landschaft besetzt werden („dabey — heißt es — bestet es auch woll“); und auch späterhin blieb es verfassungsmäßige Bestimmung, daß dasselbe mit frommen, verständigen und geschickten Personen vom Adel und von der Landschaft besetzt und mit Doctoren nicht übersetzt werden solle. (Ges.Slg. II. S. 48. 62. Vrgl. Hofger.O. von 1654. das. S. 465.) Jetzt werden aber nur ausnahmsweise in ehegerichtlichen Sachen (wo einige geistliche Mitglieder zugezogen werden), in Vormundschaftssachen (da der Pupillenrath nicht nothwendig Jurist ist) und gesetzlich in schwierigen Handelsstreitigkeiten (wo ein Kaufmann mit Stimmrecht beigezogen werden soll: Nov. von 1822 §. 6) andere als rechtsgelehrte Staatsdiener zu den höheren Gerichten verwendet.

44) W. A. Schoepff. Proc. Appellationis, Stuttg. 1748, Proëmium, wo auch noch Urtheile Anderer.

Digitized by Google

thümlichen Rechtspflege in Deutschland gemacht worden, sind ungefähr folgende:

1) Werde dadurch dem Volke ein gefährlicher Einfluß auf den Staat und die öffentliche Ordnung eingeräumt. Auch hiegegen spricht die Geschichte, welche zeigt, daß die Theilnahme des Volks an der Rechtsprechung, namentlich in Strafsachen, mit der gewaltsamsten aller Regierungen, der soldatischen Willkürherrschaft (unter Napoleon) sich vereinigen läßt, in einer ständischen Verfassung aber ein wahres Bedürfniß befriedigt, sofern durch Berufung des Volks zur Rechtspflege der Sinn desselben für das Recht selbst und eine anständige Freiheit belebt wird.

2) Eine unpartheiische Gerechtigkeitspflege fordere, daß der Richter über dem Volke stehe, den Einflüssen der Parteien und einer spießbürgerlichen Alltäglichkeit nicht ausgesetzt sei. Dieser Einwurf würde, wäre er richtig, die Gerichte der Ebenbürtigen ausschließen, und doch beruht die Möglichkeit, die Verhältnisse des Lebens zu beurtheilen, auf der Einsicht in diese Verhältnisse, welche ein Fernstehender nicht hat. Auch die Gerichte des Mittelalters waren der Regel nach Pärsgerichte. Noch bis in dieses Jahrhundert hatten die adelichen Lehensleute in Würtemberg das Recht, auf ein Vasallengericht anzutragen, und in neuerer Zeit ist den standesherrlichen Familienhäuptern der Vorzug eingeräumt worden, durch Ihresgleichen gerichtet zu werden. Uebrigens kann man alle Achtung für den Beruf der Rechtsgelehrten haben, ja selbst Jurist sein, ohne darum die rechtsgelehrten Richter den menschlichen Leidenschaften und Einseitigkeiten entrückt zu denken. Auch unsere deutschen Gesetzgebungen, wenn sie schon im Allgemeinen den Grundsatz des judicium parium verlassen haben, sind doch weit entfernt, den entgegengesetzten Grundsatz anzunehmen.

3) Der Beruf zur Rechtspflege fordere seiner Natur nach eine eigenthümliche wissenschaftliche Vorbereitung und Geschäftserfahrung, welche nur die Juristen genießen. Dieser Einwurf ist so häufig und in gewisser Beziehung so sehr begründet, daß, wer ihn wegräumen wollte, sich lächerlich machen, den Vorzug der Bildung bestreiten würde. Nur gegen die übertriebene juristische Selbstschätzung und gegen das Unrecht, welches darin gegen andere Stände liegt, habe ich oben (S. 359) gesprochen, und dagegen die Erfahrungen der Vergangenheit und gegenwärtige Einrichtungen angeführt, welche



Digitized by Google

allerdings auch von Manchen mißachtet sind, aber für denjenigen, welcher über oberflächliche Erscheinungen hinweg sieht und die ernste innere Bedeutung betrachtet, eine sichere Unterlage sind. Zu berichtigen ist hiebei ein doppelter Irrthum der Gegner. Erstens der, daß sie wähnen, die Rechtsverhältnisse seyen heutzutage verwickelter und daher schwerer zu beurtheilen, als zur Zeit, wo in Deutschland noch allgemein Schöffengerichte bestanden. Nicht die Rechtsverhältnisse sind jezt verwickelter — diese sind vielmehr einfacher geworden, wie in jedem Recht bei fortgeschrittener Bildung [45]) — wohl aber die Rechtsnormen, weil fremdes und einheimisches geschriebenes Recht, und hier namentlich eine endlose Masse von sich gegenseitig aufhebenden und berichtigenden Gesetzen in wissenschaftlichem Lehrgewand großentheils die Stelle des früheren ungeschriebenen Rechts eingenommen haben. Man wird dieß nicht ändern, und immer wieder neue und größere Gesetze geben, wie sie keine Zeit, am wenigsten das Alterthum gekannt hat; aber dabei wird man doch auch die unvermittelten und letzten Quellen, die ratio et consuetudo, an welche sich die illiterati judices einst allein gehalten haben [46]), niemals entbehren können. Dieß führt uns auf den zweiten Irrthum, daß man glaubt, unsre gelehrten Schulen haben alles höhere Wissen in sich aufgenommen, während sie es doch meist nur mit dem überlieferten Wissen zu thun haben. Man vergesse nicht, daß auch das Leben eine Schule ist, und daß die Richter-Mehrheit bei Zusammensetzung einer und derselben Gerichtsstelle hauptsächlich dadurch ihren Werth behauptet, daß die vereinigten persönlichen Verstandeskräfte und Kenntnisse sich gegenseitig ergänzen. So wie nun bei unsern Juristen bald eine sogenannte civilistische bald eine criminalistische, und bei den ersteren hier wieder eine romanistische dort eine germanistische Richtung vorherrscht, ohne daß die eine oder die andere entbehrt werden könnte, so scheint auch neben der rechtswissenschaftlichen Auffas-

45) Man nehme z. B. die verschiedene persönliche Stellung der Freien und Unfreien im Mittelalter, und hinwieder die davon abhängigen Gutsverhältnisse, woraus der Gegensatz zwischen Hofrecht, Stadtrecht, Landrecht, Lehenrecht u. s. w. entstand. Wie schwer ist es unsern Gesetzgebern geworden, die Ueberreste derselben in einzelnen Dienst- und Abgabenverhältnissen zu bestimmen?

46) Naucleri Chron. unten Note 51.

Digitized by Google

fung, und zwar vorzugsweise, die gemeine Lebenserfahrung bei Beurtheilung von Erfahrungsgegenständen, was ja die streitigen, wie die strafbaren Sachen alle sind, eine Stimme zu haben. Die Zusammensetzung der Gerichte, wie sie oben vorgeschlagen worden, theils aus Rechtsgelehrten, theils und vorzugsweise aus anderen verständigen und reifern Männern möchte daher gerade durch die Natur der Rechtspflege geboten sein.

4) Endlich könnte man einwenden, das entscheidende Gericht müsse von dem untersuchenden und streitleitenden Richter nothwendig getrennt sein, weil dieser durch die Untersuchung und Verhandlung leicht befangen werde, und daher auf die Entscheidung einseitig wirken könnte; da es aber nicht thunlich sei, auch das obere Gericht mit ungelehrten Mitgliedern zu besetzen, sondern höchstens das Untergericht, welches dem Volke näher stehe, so genüge es zu diesem Zwecke an bloßen Urkundspersonen, welche die gerichtlichen Verhandlungen bezeugen, ohne aber an der Entscheidung selbst Theil zu nehmen. — Die gemischte Zusammensetzung auf die Obergerichte auszudehnen, möchte allerdings, wenigstens zunächst, nicht räthlich sein. Dagegen sehe ich nicht ein, warum die Entscheidung erster Instanz (bei Streitsachen und einem großen Theil der Strafsachen ist dieß in Württemberg bereits der Fall) nicht ebenso, wie früher, in die Hand der Stadtgerichte oder Amtsgerichte sollte gelegt werden können, zumal wenn außer dem Vorstand noch ein rechtsgelehrtes Mitglied denselben beigegeben und das Strafrecht, wie die Ordnung des Verfahrens, überall durch Gesetzbücher bestimmt sein wird.

Es ist in dem obigen Einwande vorausgesetzt, daß der Unterrichter, indem er die Entscheidung vorbereitet, sich eine falsche Ansicht bilden könne; allein auch der Fall ist möglich, daß der vortragende Rath des Obergerichts befangen ist gegen die untergerichtliche Behandlung der Sache, und aus diesem oder einem andern Grunde das papierne Prozeßbild irrthümlich auffaßt. Weit mehr Schutz werden die zu dem Hauptverfahren und der Entscheidung beigezogenen Schöffen und die Gerichts-Oeffentlichkeit gegen eine willkürliche Auffassung des Unterrichters darbieten, als jenes Obergericht, welches zuletzt doch nur durch eine doppelte Brille sieht, die des Unterrichters und die des vortragenden Mitglieds. Behalten wir also lieber das Obergericht bei als wirkliche zweite Gerichts-

Digitized by Google

stufe, zu deren Ueberzeugung, wenn die Sache durch Berufung an dieselbe gebracht ist, sich auch bei öffentlicher Verhandlung leicht Mittel finden werden, ohne zu den Gerichtsboten des Mittelalters (Schwäb. Landr. Cap. 114. 113b) die Zuflucht nehmen zu müssen.

---

Es ist ganz richtig, was in den mir eben am Schlusse dieser Bemerkungen zugekommenen „Gedanken über die Organisation und das Verfahren der Kriminalgerichte in Württemberg". (Stuttgart und Tübingen 1842. S. 13. 42. f.) gegen die Zerreißung von gerichtlichen Handlungen gesagt ist, welche der Natur der Sache nach zusammen gehören. Ebenso trete ich demjenigen, was für die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit vom practischen Standpuncte aus bemerkt ist, in der Hauptsache vollständig bei. Die Befürchtungen vor der Wiedererweckung dieser wesentlich gerichtlichen Einrichtungen sind allerdings übertrieben worden: Aber ist es nicht auch Uebertreibung, wenn der sonst scharfsichtige Verfasser den ungelehrten Gerichtsbeisitzern lediglich kein selbstständiges Urtheil zutraut (S. 33), obgleich er selbst darauf anträgt, drei solcher Gerichtsbeisitzer auch den von ihm vorgeschlagenen Strafämtern beizugeben? Wenn er ferner (S.22) das Bedauern über die Einführung der Inquisition, der Heimlichkeit und Schriftlichkeit das „Gedankenloseste nennt, was nur einem aller Geschichte Unkundigen in den Sinn kommen könne", während er selbst die groben Mißbräuche anerkennt, wozu diese Einrichtungen geführt haben, und sich Gedanken darüber macht, wie solchen Mißbräuchen zu begegnen sei. Der Verf. meint: „In den Reichsstädten, da, wo Gesittung und Sinn für geordnetes gesellschaftliches Leben zuerst ihren Sitz aufschlugen, wurde die Gabe der Kirche mit jenem zitternden Verlangen (!) nach Recht aufgenommen, welches die Nacht (?) des Mittelalters lieblich (!) durchschimmert." „Allein der wegelagernde Adel und der unverständige Bauer, welcher das Gewohnte nicht fahren lassen will, waren unzufrieden mit der Einführung eines geordneten Strafverfahrens!"—

Was Letzteres betrifft, so waren auf dem Tübinger Landtag v. 1514 weder Adel, noch Bauern, sondern Prälaten und Städteabgeordnete, und doch wurde das Auklageverfahren gegen die eingerissenen Mißbräuche, die heimischen Gewohnheiten gegen das fremde Recht lebhaft in Anspruch genommen. Aber allerdings hat-

Digitized by Google

ten die s. g. armen Leute, die misera contribuens plebs, vorzugsweise Ursache, sich gegen die Neuerungen aufzuhalten: denn die „guten armen Bauern, die ihr unschuldiges Leben in einer niedern Hütte führen und vom städtischen Betrug entfernt sind", waren schon den Quälereien der Exploratoren bei den geistlichen Gerichten am meisten ausgesetzt gewesen [47]), wie auch vorzugsweise zu ihrem Schutze schon Karl der Große verordnete, daß die Grafen und Centenarien solche Leute in ihren Diensten haben sollen, welche Recht und Gerechtigkeit handhaben, die Armen in keiner Weise bedrücken, Dieben, Räubern, Mördern und anderen Verbrechern nicht durchhelfen, sondern sie angeben u. s. w. [48]).

Von dem Adel in Schwaben sagt zwar Kanzler Bergenhans, genannt Nauclerus [49]), zu Ende des 15. Jahrhunderts: hi quoque prophanari suam dignitatem arbitrantur, si mercaturas aut artes exerceant aliquas, si ex civibus aut plebe uxorem recipiant, si in urbibus habitent: consortia urbanorum perosi, arces et castra in montibus, sylvis et rure collocant, caeterum de patrimonio et redditibus suis victitant; *verum ubi haec deerunt, aliqua occasione sumpta praedari non verentur.* Allein was hier von einem Theile jenes Standes gesagt ist, der allerdings den wohlhabenden Reichsstädtern zuweilen gefährlich wurde [50]), darf nicht dem ganzen Stande zur Last gelegt werden, welcher so gut wie die Städtebürger dabei betheiligt war, daß das Recht nicht mit Füßen getreten werde. Auch in der Abneigung wider die fremden Rechte stimmten alle Stände überein, mit Ausnahme der Geistlichen und eines Theils der Gelehrten, und wenn man dem Zeugnisse des kaum genannten zweiten Kanzlers von Tübingen Glauben schenken darf, so hat die noch zu seiner Zeit vollständig bewahrte volksthümliche Gerichtsverfassung weder in den Städten noch auf dem Lande Anlaß zu Klagen

47) Malblanc Geschichte der peinlichen Halsgerichtsordnung S. 62.

48) Cap. de ao 802, c. 25 bei Pertz legum tom. I. pag. 94. Vergl. Capit. Wormat. ao. 829 alia cap. 3 bei Pertz l. c. p. 351.

49) Naucleri Chronicon Gen. 43. Vol. III. pag. 332.

50) Einen Fall dieser Art, wo nachher durch Zweikampf die Sache entschieden werden sollte, s. bei Jäger, Geschichte von Ulm. S. 313.

Digitized by Google

gegeben [51]). Und wären die Städte wohl zu dem großen Reichthume, der geselligen Behaglichkeit, und dem ganzen Glanze des Bürgerthums, wovon man jetzt keinen Begriff hat, gelangt, wenn ihr Rechtsverfahren so wenig den Ansprüchen auf Rechtssicherheit entsprochen hätte, wie von Manchen angenommen wird. Einzelnes im Verfahren, z. B. der Gebrauch des Zweikampfs, der Eidhelfer als Beweismittel, wurde allerdings mit Hülfe der kaiserlichen und päpstlichen Gewalt, in Uebereinstimmung mit dem veränderten Volksgeiste, schon damals geändert. Allein die Quelle, woraus alle Neuerungen bis zu Ende des Mittelalters zuletzt ihre Rechtfertigung nehmen mußten, war eben dieser seiner Natur nach nur langsam sich ändernde Volksgeist. Der Zeitpunct, von wo an dieser eigenthümliche Volksgeist unter die Fesseln des fremden Geistes sich beugen mußte, war auch entscheidend für die Volksfreiheit.

Der kirchliche Inquisitionsprozeß, welcher zuerst nur bei den Ketzergerichten angewendet, durch päpstliche Verordnungen, namentlich Papst Innocenz III. aber auf das Verfahren in Strafsachen überhaupt ausgedehnt wurde, hat in Deutschland erst mit diesem Zeitpuncte, das heißt gegen das Ende des Mittelalters, bei den

---

51) Nauclerus l. c. Ich setze die ganze Stelle hieher, weil sie den damaligen Zustand anschaulich macht. Gubernatio reipublicae fere communis est plebejis et civibus, nec ea plebs servire videtur; *sua cuique substantia tuta est et libertas, salvis legibus ut velint vivere.* In communi vero justitia per totam sueviam administratur ab illiteratis, laici enim imperatorum legibus non utuntur, sed in singulis urbibus, oppidis et villis duodecim viri vitae integritate ac honestate praecipue eliguntur in judices, nullo habito respectu an sciant literas nec ne, qui munus judicandi necessario subeunt, licet remunerationem seu mercedem inde nullam habeant praeter honorem, sed pro bono communi suis posthabitis negociis, statutis diebus judiciis intendunt, *jurantque singuli se facturos secundum quod eis visum fuerit justius atque melius*, et praesente magistratu loci causas audiunt, *partibusque ad satietatem auditis*, sententiam dicunt, non ut leges censent, quarum nullam notitiam habent, sed prout ratio et consuetudo judiciorum dictat. Die Bezeichnung „jurati", Geschworne, war nach und nach auf diese ständigen Gerichtsschöffen übergegangen. S. Urkunden bei Jäger, Gesch. von Ulm. S. 165.

Digitized by Google

bürgerlichen Gerichten Eingang gefunden, und noch Tengler im Laienspiegel (Bl. 139) bemerkt, daß die Inquisition und Erfahrung der Missethat durch die weltlichen Richter an mehreren Enden wenig oder hinlässig in Uebung sei. Es hatte also schwer gehalten, das Volk, welchem schon die geistlichen Sendgerichte und später die geheimen westphälischen Gerichte Anstoß gegeben hatten, zu überzeugen, daß durch das gepriesene Licht (?), das heißt die heimliche Inquisition mit ihrer Zugabe, der peinlichen Frage (Tortur), die „Nacht" des deutschen Mittelalters, d. h. das offene Verfahren unter den Wolken erhellt werde, und es bedurfte eines deutschen Gesetzbuchs, um den äußersten Beschwerden über das Maßlose der Inquisition und Tortur abzuhelfen! Damit soll nicht gesagt sein, daß das einheimische Verfahren keiner Verbesserung bedurft hätte (welche Gesetzgebung ist überhaupt unverbesserlich!); aber zu bezweifeln ist, daß durch das kanonische Recht und die darauf gebaute Doctrin und Praxis dasselbe in Wahrheit verbessert worden, oder daß es dem deutschen Rechte an einem inneren Lebensfaden gefehlt hätte, an welchem die nöthigen Verbesserungen aus eigener Kraft sich hätten entwickeln können. Da unser unbekannter Verfasser die Rettung in dem inquisitorischen Prozesse gefunden hat, so sei uns erlaubt, ihn auf Bieners Geschichte des Inquisitions-Prozesses S. 32 u. f. 119 u. f. aufmerksam zu machen, wonach die ersten Spuren jenes Verfahrens sich im germanischen Rechte finden. Namentlich der Hauptgedanke der Untersuchung, das Verfahren von Amtswegen bei kundbaren Verbrechen, findet sich zuerst bei den Sendgerichten, einer fränkischen Staatseinrichtung, und ward in dem oben (Note 48) angeführten Capitular und andern fränkischen Gesetzen [52]) auch den weltlichen Richtern zur Pflicht gemacht. Derselbe Grundsatz, daß das Gericht auch ohne Klage einzuschreiten befugt sei, galt auch später noch bei den Rügegerichten [53]). Doch hielt das Volk

52) Capit. Langobard. ai. 802, cap. 12 u. 13. bei Pertz l. c. p. 104.

53) Sächs. Landr. I, 2. §. 4. III, 91. §. 1. Vergl. Kaiserrecht I, 14. Damit hängen auch zusammen die Privilegien der Stadtgerichte, Räuber, Diebe, Mordbrenner u. dgl. schädliche Leute zu verfolgen. Malblanc a. a. O. S. 65. Württ. Privil. Sattler, Gesch. der Grafen Forts. IV. Beil. 56.

Digitized by Google

an dem Grundsatze fest: „wo kein Kläger, ist kein Richter" [54]). Daher die Aufstellung eines amtlichen Anklägers (advocati de parte publica, actoris fisci), wo eine Privatanklage nicht geführt ward [55]), und der Grundsatz: der Richter dürfe nicht Kläger sein [56]). Auch die peinliche Gerichtsordnung (Art. 6. 10. 114) nahm noch das Anklageverfahren als die Regel, das Untersuchungsverfahren als die Ausnahme an, und erst den Rechtsgelehrten des 17. und 18. Jahrhunderts war es vorbehalten, das letztere zu befestigen. Daß hierbei Mißgriffe begangen worden, wird jetzt nicht mehr geläugnet. Indeß in Ueberschätzung des Fremden stehen die heutigen nicht zurück. Wie man das inquisitorische Princip erst erträglich fand, nachdem es, durch die römischen Ketzergerichte zur Mißgestalt ausgebildet, nach Deutschland zurückgebracht war, so geht es jetzt mit der Staatsanwaltschaft und dem s. g. Staatsrecurse, welche in Frankreich eine gute Bedeutung haben neben Geschwornen und einem förmlichen Anklageverfahren, in Deutschland aber ohne diese Einrichtungen nur dazu dienen können, das System der Inquisition noch gehässiger und für die Freiheit gefährlicher zu machen.

---

54) Sächs. Landr. I, 62. §. 1. Schwäb. Landr. Cap. 97. Freiburger Stadtr. von 1120, und Hofrodel von 1586, angef. bei Laßberg, schwäb. Landr. a. a. O.

55) Maurer a. a. O. §. 119. 120. Biener a. a. O. S. 141.

56) Schwäb. Landr. Cap. 121ᵃ.

# Uebersicht
der
# deutschrechtlichen Schriften
vom Jahre 1841
von Wilda.

---

Da ich die, bei Begründung unserer Zeitschrift verheißene jährliche Berichterstattung über die literarischen Erscheinungen, welche dem Gebiete der Rechtswissenschaft angehören, dem unsere Zeitschrift gewidmet ist, am Schlusse des dritten Jahrganges übernommen habe, so werde ich im Wesentlichen den Plan und die Anordnung, den mein werther College Reyscher in den beiden frühern Jahresübersichten befolgt hat, beibehalten.

## I. Allgemeine Werke.

Als solche sind hier zu erwähnen die Fortsetzungen von

**Weiske's Rechtslexicon**
und
**Rotteck's und Welker's Staatslexicon.**

Das erste uns hier näher liegende Werk ist bis zum 1. Heft des 4. Bandes vorgerückt. Unter den deutschrechtlichen Artikeln: Dessau von Gr. *, Ehevertrag und Erbvertrag von Buddeus, Ehelosigkeit von Luden, Einkindschaft von G. Rühl, Expropriation von Bopp, Eigenthum von Zirkler, möchte nur der letzte auf eine wissenschaftliche Selbstständigkeit Anspruch machen können.

Von dem Staatslexicon ist der 11. Band bis gegen Ende des Buchstaben O vollendet und es sind hier folgende Artikel hervorzuheben: Justus Möser oder der ächte deutsche Mann und die ächten deutschen Grundlagen des Rechts, der Freiheit und Politik von Welker, Nachdruck von Pfizer, Nacheile von Bopp, Näherrecht von G. Rühl, Namen von Fr. Kolb, Herzogthum Nassau von N. N., Naturrecht und positives Recht von C. v. Rotteck, oberaufsehende Gewalt von Welker, Oldenburg von W. Lüders, Celerirte und einseitig von Volksrepräsentation entworfene Verfassungen, von Welker.

## II. Das Naturrecht und die Gesetzgebungswissenschaft.

Die bedeutendste Erscheinung, welche zwar das Naturrecht noch nicht mit umfaßt, aber schon die Grundlagen für dasselbe enthält, ist:

System der speculativen Ethik, eine Encyclopädie der gesammten Disciplinen der praktischen Philosophie von Dr. J. H. Wirth. Erster Band. Reine Ethik. Heilbronn b. C. Drechsler. XII. 1196 S.

Es ist hier vom Standpunkte der Hegelschen Philosophie auf eine Fort- und Umbildung der Rechtsphilosophie, nach welcher die Moralität, deren Stellung zwischen dem abstracten Recht und der Sittlichkeit so vielen Anstoß erregt hat, nicht mehr als ein Kapitel der Rechtsphilosophie erscheinen soll. Die Ansicht des Verf. möchte sich durch Hervorhebung folgender Sätze andeuten lassen: „Das Wort Ethik ist hier in seinem wahrhaften, antiken Sinn genommen, in welchem es die Moral und die Rechtslehre in sich begreift. Wenn wir diesen Titel wählen, so wollen wir damit andeuten, daß wir weder die Entgegensetzung, noch die Einigung von Moralität und Recht, welche die Philosophie bisher versucht hat, anerkennen." — — „Denn weil die moderne Philosophie als die letzte und allein wahre Sittlichkeitssphäre das objective Rechtsganze erkennt, in der Moralität aber das Element einer substanzlosen, für sich in Willkür und Heuchelei endenden Subjectivität sieht, so setzt sie den Geist der Sittlichkeit nicht als absoluten, sondern nur als besondern Volksgeist, als endlich, zwischen das absolute Wissen des Geistes von sich aber und dieses blos endliche Wollen den härtesten Widerspruch."

Ueber das Naturrecht von Dr. A. Möhl, Bezirkrichter in Frankenthal. Mannheim b. Götz. VIII und 83 S.

ist eine fast ganz aus Stellen der verschiedenartigsten Autoren bunt durch einander gewebte und von Citaten aller Art strotzende kleine Schrift, deren Vorrede verkündet, daß der Verf. beweisen wolle, „daß das Rechtsgesetz das Sittengesetz selbst sei" und an deren Schluß er sagt, „er habe zu erweisen gesucht, daß zwischen Moral und Recht ein inniger Zusammenhang bestehe, und daß dieser auch vom positiven Recht anerkannt sei."

Das Auftreten von Stahl in Berlin hat seiner Zeit außer manchen Zeitungsrelationen, die es mit der Wahrheit nicht immer genau nahmen, auch zwei kleine polemische Schriften veranlaßt:

Kritischer Bericht über Professor Stahl's zwölf erste Vorlesungen an der Universität Berlin über das Naturrecht" v. C. M. Wolff, Kammergerichtsassessor. Berlin b. Dümmler. 35 S.

Die Rechtsphilosophie Stahls und die historische Fürstenschule. Eine kritische Würdigung der vom K. G. A. Wolff wider beide gerichteten Angriffe von Dr. A. Wöniger. Berlin bei Hirschwald. 38 S. 8.

Digitized by Google

Beide gehören mehr der ephemeren Flugſchrift, als der wiſſenſchaftlichen Literatur an. Der Vernichtungskampf, den Stahl gegen alle bisherigen philoſophiſchen Syſteme in ihrer Anwendung auf das Recht unternommen hat, die Principien, die er ſelbſt zur Grundlage der Rechtsphiloſophie machen will, ſind zwar ſchon oft Gegenſtand ganz allgemeiner Angriffe geweſen, welche ſchon zum Theil dadurch ſich charakteriſiren, daß man Stahl als Anhänger der hallerſchen Schule zu verſchreien geſucht hat; — und hie und da ſind ſie auch einer ſchärfern kritiſchen Beleuchtung unterworfen worden, aber es fehlt eigentlich noch an einer genauen Prüfung des Gebäudes ſelbſt, welches Stahl auf dieſer Grundlage aufgeführt, eine genauere Beantwortung der Frage, welche Fortſchritte die Philoſophie des Rechtes durch dieſes Werk gemacht hat? und ich fürchte, daß dieſe nicht ſehr zu Gunſten deſſelben im Vergleich zu ſeinem Vorgänger ausfallen konnte. Wer, wie es mir ſcheint, unbefangen hinzutritt, wird bei aller Anerkennung der Talente des Verf., bei aller perſönlichen Achtung, nicht verkennen, daß namentlich das philoſophiſche Privatrecht: die Lehre von den Perſonen, dem Eigenthum, den Verträgen, der Familie, — ſo weit wir das im Ganzen ſo heftig verworfene Hegelſche Naturrecht im Einzelnen nicht wiederfinden, — auf Tiefe und Originalität wenig Anſpruch machen können, daß die Begründung der Lehren oftmals willkührlich, ſpielend, die Ausführung dürftig iſt.

Als mit dem Naturrecht in Verbindung ſtehend, iſt noch zu nennen:

> Paräneſen zum Studium der philoſophiſchen und poſitiven Rechtswiſſenſchaft, auch u. d. T.: Karl von Rotteck über Weſen und Studium der Rechtsphiloſophie. Nebſt erläuternden Beilagen. Ein Beitrag zu Rotteck's Charakteriſtik und Denkmal. Zugleich paränetiſche Propädeutik zum Studium der Rechtsphiloſophie und conſtitutionellen Politik von K. H. Scheidtler, honor. Prof. zu Jena. Jena b. Cröker. VI und 112 S. 8.

Auf Wunſch der Verleger, die die Schrift zu dem Zweck eingeſendet haben, machen wir auch noch aufmerkſam auf

> Plato's Unterredung über die Geſetze. Aus dem Griechiſchen überſetzt von J. G. Schultheß. Zweite Aufl., neu bearbeitet von S. Vögelin, Prof. am Gymn. in Zürich. Erſter Theil. Zürich b. Meyer und Zeller. XII. 295 S. 8.

Es iſt dieſes die einzige und hinlänglich anerkannte Ueberſetzung. „Vielleicht — ſagt der Vorredner — hat es gerade in unſerer Zeit, die ſich im Schaffen und Erwägen der Verfaſſungen noch immer mehr, als in deren Befolgung und Entwicklung bewegt, ein allgemeines Intereſſe, den Verſuch einer ſolchen Verfaſſung aus der Hand des geiſtreichſten Philoſophen des Alterthums zu betrachten, zumal er hier wie nirgends ſonſt das Praktiſche zu ſeinem Augenmerk gemacht hat."

Digitized by Google

Die Literatur der Gesetzgebungswissenschaft ist mit folgender Angabe erschöpft:

Die Fortbildung der Gesetzgebung im Geiste der Zeit, und über die Hindernisse derselben besonders in Deutschland mit Hinblick auf den deutschen Gesetz- und Rechtszustand und die legislatorischen Vorarbeiten, sodann aber die zweckmäßigsten Mittel, zu einer guten Gesetzgebung überhaupt zu gelangen, mittelst Angabe der vornehmsten hiergehörigen Literaturquellen für fremde und einheimische bürgerliche Gesetzgebung von Alex. Müller. Leipzig b. Polet. 91 S. 8.

Niemand wird glauben, daß der Verf. in diesem Schriftchen — wovon mehr als 1/3 aus Angabe von Büchertiteln und Abhandlungen besteht — mehr giebt, als der Titel verspricht; und wenn es auch des Neuen eben nicht viel enthält, so schadet es doch nicht, wenn Manches oft und in mancher Form gesagt wird.

Prof. Zöpfl hat in dieser Zeitschrift (Bd. 5 S. 110 ff.) mit seinem Aufsatz über das germanische Element im Code Napoléon, der sich dem frühern über „rationelles und nationelles Recht" anschließt, den interessanten Versuch begonnen, durch Aufsuchung von germanischen Elementen in den noch bestehenden Rechten außerdeutscher Völker, selbst da, wo ihre Gesetzgebung scheinbar rein rationellen Ursprunges ist, eine Art germanisches „jus gentium" zu begründen.

## III. Quellen des deutschen Rechts und dessen Geschichte.

Indem wir bei der Relation über die Bearbeitung der Quellen die chronologische Ordnung zu befolgen haben, ist hier zuerst zu erwähnen der neuen, von der Recordscommission besorgten, und einem Theile nach von Price, nach dessen Tode aber von Therze bearbeiteten Ausgabe der angelsächsischen Rechtsquellen:

**Ancient Laws and Institutes of England, etc. — Printed by command of his late Majesty king William IV. under the direction of the commissioners of the public records of the Kingdom. MDCCCXL. Fol.**

Es ist bereits durch die ausführlichern Anzeigen von J. Grimm und von Phillips bekannt geworden, wie die Hoffnung, daß bei einer neuen Durchforschung der Handschriftsammlungen möglicherweise uns bisher unbekannte Quellen des angelsächsischen Rechtes zu Tage gefördert werden möchten, nicht in Erfüllung gegangen ist. Es enthält diese neue Ausgabe nur ein paar kleine Stücke mehr als die von Wilkins und Reinhold Schmid. Aber nur die Hälfte des Bandes nehmen die eigentlich angelsächsischen Rechtssammlungen ein, dann sind diesen noch, unter der Benennung monumenta ecclesiastica, das bisher ungedruckte Pönitentiale vom Erzbischof Theodor, das von Egbert und ähnliche dem 7. bis 10. Jahrhundert angehörende Quellen des Kirchenrechts hinzu-

Digitized by Google

gefügt worden. Ich habe in meinem ſo eben erſchienenen Strafrecht der Germanen zu zeigen geſucht, wie die in den germaniſchen Ländern entſtandenen Beichtbücher ſich als eine bisher gar nicht beachtete Quelle für die Erkenntniß des germaniſchen Volksrechtes benutzen laſſen, und daher ſind dieſe kirchlichen Rechtsquellen eine um ſo erfreulichere Zugabe. — Der Text der angelſächſiſchen Rechtsquellen iſt ſorgfältig mit Benutzung der critiſchen Hülfsmittel bearbeitet und eine engliſche, die lateiniſche von Wilkins vielfach berichtigende Ueberſetzung hinzugefügt. Es iſt dabei aber in Anſchlag zu bringen, daß hier unſere Landsleute Phillips und R. Schmid bereits tüchtig vorgearbeitet hatten, und es giebt dieſe neue Ausgabe ein ehrenvolles Zeugniß für das, was der Letztere ohne allen handſchriftlichen Apparat durch ſeine Bearbeitung geleiſtet hat, wie es auch der engliſche Herausgeber anerkannt hat, jedoch mit der Bemerkung, daß Schmid in ſeinen Conjecturen nicht immer glücklich geweſen ſei und den ſ. g. Leges Henrici I. zu wenig Sorgfalt zugewendet habe. Von dem noch immer erwarteten Commentar Schmid's dürfen wir uns wohl mehr verſprechen, als die hie und da in der engliſchen Ausgabe hinzugefügten erklärenden Anmerkungen leiſten. Ein, die ſchweren Worte erklärendes Gloſſar, vorzüglich aber Indices, welche den Gebrauch erleichtern, ſind erfreuliche Zugaben.

Von den beiden in den frühern Ausgaben der angelſächſiſchen Rechtsquellen mehr enthaltenen Stücken iſt das Wichtigſte das, was bei uns in Deutſchland bereits früher Lappenberg u. d. T. de dignitate hominum (in dem rhein. Muſeum für Jurisprudenz, neue Folge. Bd. VI. p. 145) herausgegeben hatte; dieſes allerdings intereſſante Rechtsdenkmal, welches die Rechte und Pflichten eines freien Herrenhof-Beſitzers, beſonders aber die der verſchiedenen Claſſen der Hinterſaſſen und Hofhörigen deſſelben angiebt, hat nun Prof. Leo, — (dem wir ſo eben die intereſſante und hiſtoriſch-wichtige Entdeckung und Nachweiſung verdanken, daß die ſ. g. malbergiſche Gloſſe des ſaliſchen Rechtes der Sprache nach den celtiſchen Belgiern angehöre) — unter dem von den engliſchen Herausgebern gewählten Titel mit lateiniſcher und deutſcher Ueberſetzung drucken laſſen:

> **Rectitudines singularum personarum** nebſt einer einleitenden Abhandlung über Landſidlung, Landbau, gutsherrliche und bäuerliche Verhältniſſe der Angelſachſen. Halle b. Anton (XII und 282 S.) 8.

Die Rectitudines nehmen nur einen im Verhältniß ſehr kleinen Theil (S. 222—247) dieſer intereſſanten und lehrreichen Schrift ein, die noch vier Abhandlungen enthält: über angelſächſiſche Ortsnamen, die Landmaſſe und die Art des Anbaues, die Dorfverfaſſung, und Nahrungs- und Lebensweiſe der Angelſachſen auf dem Lande. Ganz eigenthümlich iſt der erſte dieſer Aufſätze, welcher ſprachliche Zergliederung der Ortsnamen, die der Verf. beſonders aus Kemble's Urkundenſammlungen ſorgfältig zuſammen geſucht hat, vielfachen Aufſchluß über

Digitized by Google

stufe, zu deren Ueberzeugung, wenn die Sache durch Berufung an dieselbe gebracht ist, sich auch bei öffentlicher Verhandlung leicht Mittel finden werden, ohne zu den Gerichtsboten des Mittelalters (Schwäb. Landr. Cap. 114. 113[b]) die Zuflucht nehmen zu müssen.

---

Es ist ganz richtig, was in den mir eben am Schlusse dieser Bemerkungen zugekommenen „Gedanken über die Organisation und das Verfahren der Kriminalgerichte in Württemberg" (Stuttgart und Tübingen 1842. S. 13. 42. f.) gegen die Zerreißung von gerichtlichen Handlungen gesagt ist, welche der Natur der Sache nach zusammen gehören. Ebenso trete ich demjenigen, was für die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit vom practischen Standpuncte aus bemerkt ist, in der Hauptsache vollständig bei. Die Befürchtungen vor der Wiedererweckung dieser wesentlich gerichtlichen Einrichtungen sind allerdings übertrieben worden. Aber ist es nicht auch Uebertreibung, wenn der sonst scharfsichtige Verfasser den ungelehrten Gerichtsbeisitzern lediglich kein selbstständiges Urtheil zutraut (S. 33), obgleich er selbst darauf anträgt, drei solcher Gerichtsbeisitzer auch den von ihm vorgeschlagenen Strafämtern beizugeben? Wenn er ferner (S. 22) das Bedauern über die Einführung der Inquisition, der Heimlichkeit und Schriftlichkeit das „Gedankenloseste nennt, was nur einem aller Geschichte Unkundigen in den Sinn kommen könne", während er selbst die groben Mißbräuche anerkennt, wozu diese Einrichtungen geführt haben, und sich Gedanken darüber macht, wie solchen Mißbräuchen zu begegnen sei. Der Verf. meint: „In den Reichsstädten, da, wo Gesittung und Sinn für geordnetes gesellschaftliches Leben zuerst ihren Sitz aufschlugen, wurde die Gabe der Kirche mit jenem zitternden Verlangen (!) nach Recht aufgenommen, welches die Nacht (?) des Mittelalters lieblich (!) durchschimmert." „Allein der wegelagernde Adel und der unverständige Bauer, welcher das Gewohnte nicht fahren lassen will, waren unzufrieden mit der Einführung eines geordneten Strafverfahrens!"—

Was Letzteres betrifft, so waren auf dem Tübinger Landtag v. 1514 weder Adel, noch Bauern, sondern Prälaten und Städteabgeordnete, und doch wurde das Auklageverfahren gegen die eingerissenen Mißbräuche, die heimischen Gewohnheiten gegen das fremde Recht lebhaft in Anspruch genommen. Aber allerdings hat-

ten die s. g. armen Leute, die misera contribuens plebs, vorzugsweise Ursache, sich gegen die Neuerungen aufzuhalten: denn die „guten armen Bauern, die ihr unschuldiges Leben in einer niedern Hütte führen und vom städtischen Betrug entfernt sind", waren schon den Quälereien der Exploratoren bei den geistlichen Gerichten am meisten ausgesetzt gewesen [47]), wie auch vorzugsweise zu ihrem Schutze schon Karl der Große verordnete, daß die Grafen und Centenarien solche Leute in ihren Diensten haben sollen, welche Recht und Gerechtigkeit handhaben, die Armen in keiner Weise bedrücken, Dieben, Räubern, Mördern und anderen Verbrechern nicht durchhelfen, sondern sie angeben u. s. w. [48]).

Von dem Adel in Schwaben sagt zwar Kanzler Bergenhans, genannt Nauclerus [49]), zu Ende des 15. Jahrhunderts: hi quoque prophanari suam dignitatem arbitrantur, si mercaturas aut artes exerceant aliquas, si ex civibus aut plebe uxorem recipiant, si in urbibus habitent: consortia urbanorum perosi, arces et castra in montibus, sylvis et rure collocant, caeterum de patrimonio et redditibus suis victitant; *verum ubi haec deerunt, aliqua occasione sumpta praedari non verentur.* Allein was hier von einem Theile jenes Standes gesagt ist, der allerdings den wohlhabenden Reichsstädtern zuweilen gefährlich wurde [50]), darf nicht dem ganzen Stande zur Last gelegt werden, welcher so gut wie die Städtebürger dabei betheiligt war, daß das Recht nicht mit Füßen getreten werde. Auch in der Abneigung wider die fremden Rechte stimmten alle Stände überein, mit Ausnahme der Geistlichen und eines Theils der Gelehrten, und wenn man dem Zeugnisse des kaum genannten zweiten Kanzlers von Tübingen Glauben schenken darf, so hat die noch zu seiner Zeit vollständig bewahrte volksthümliche Gerichtsverfassung weder in den Städten noch auf dem Lande Anlaß zu Klagen

---

47) Malblanc Geschichte der peinlichen Halsgerichtsordnung S. 62.

48) Cap. de ao 802, c. 25 bei Pertz legum tom. I. pag. 94. Vergl. Capit. Wormat. ao. 829 alia cap. 3 bei Pertz l. c. p. 351.

49) Naucleri Chronicon Gen. 43. Vol. III. pag. 332.

50) Einen Fall dieser Art, wo nachher durch Zweikampf die Sache entschieden werden sollte, s. bei Jäger, Geschichte von Ulm. S. 313.

Digitized by Google

gegeben [51]). Und wären die Städte wohl zu dem großen Reichthume, der geselligen Behaglichkeit, und dem ganzen Glanze des Bürgerthums, wovon man jetzt keinen Begriff hat, gelangt, wenn ihr Rechtsverfahren so wenig den Ansprüchen auf Rechtssicherheit entsprochen hätte, wie von Manchen angenommen wird. Einzelnes im Verfahren, z. B. der Gebrauch des Zweikampfs, der Eidhelfer als Beweismittel, wurde allerdings mit Hülfe der kaiserlichen und päpstlichen Gewalt, in Uebereinstimmung mit dem veränderten *Volksgeiste*, schon damals geändert. Allein die Quelle, woraus alle Neuerungen bis zu Ende des Mittelalters zuletzt ihre Rechtfertigung nehmen mußten, war eben dieser seiner Natur nach nur langsam sich ändernde Volksgeist. Der Zeitpunct, von wo an dieser eigenthümliche Volksgeist unter die Fesseln des fremden Geistes sich beugen mußte, war auch entscheidend für die Volksfreiheit.

Der kirchliche Inquisitionsprozeß, welcher zuerst nur bei den Ketzergerichten angewendet, durch päpstliche Verordnungen, namentlich Papst Innocenz III. aber auf das Verfahren in Strafsachen überhaupt ausgedehnt wurde, hat in Deutschland erst mit diesem Zeitpuncte, das heißt gegen das Ende des Mittelalters, bei den

---

51) Nauclerus l. c. Ich setze die ganze Stelle hieher, weil sie den damaligen Zustand anschaulich macht. Gubernatio reipublicae fere communis est plebejis et civibus, nec ea plebs servire videtur; *sua cuique substantia tuta est et libertas, salvis legibus ut velint vivere.* In communi vero justitia per totam sueviam administratur ab illiteratis, laici enim imperatorum legibus non utuntur, sed in singulis urbibus, oppidis et villis duodecim viri vitae integritate ac honestate praecipue eliguntur in judices, nullo habito respectu an sciant literas nec ne, qui munus judicandi necessario subeunt, licet remunerationem seu mercedem inde nullam habeant praeter honorem, sed pro bono communi suis posthabitis negociis, statutis diebus judiciis intendunt, *jurantque singuli se facturos secundum quod eis visum fuerit justius atque melius*, et praesente magistratu loci causas audiunt, *partibusque ad satietatem auditis*, sententiam dicunt, non ut leges censent, quarum nullam notitiam habent, sed prout ratio et consuetudo judiciorum dictat. Die Bezeichnung „jurati", Geschworne, war nach und nach auf diese ständigen Gerichtsschöffen übergegangen. S. Urkunden bei Jäger, Gesch. von Ulm. S. 165.

Digitized by Google

bürgerlichen Gerichten Eingang gefunden, und noch Tengler im Laienspiegel (Bl. 139) bemerkt, daß die Inquisition und Erfahrung der Missethat durch die weltlichen Richter an mehreren Enden wenig oder hinlässig in Uebung sei. Es hatte also schwer gehalten, das Volk, welchem schon die geistlichen Sendgerichte und später die geheimen westphälischen Gerichte Anstoß gegeben hatten, zu überzeugen, daß durch das gepriesene Licht (?), das heißt die heimliche Inquisition mit ihrer Zugabe, der peinlichen Frage (Tortur), die „Nacht" des deutschen Mittelalters, d. h. das offene Verfahren unter den Wolken erhellt werde, und es bedurfte eines deutschen Gesetzbuchs, um den äußersten Beschwerden über das Maßlose der Inquisition und Tortur abzuhelfen! Damit soll nicht gesagt sein, daß das einheimische Verfahren keiner Verbesserung bedurft hätte (welche Gesetzgebung ist überhaupt unverbesserlich!); aber zu bezweifeln ist, daß durch das kanonische Recht und die darauf gebaute Doctrin und Praxis dasselbe in Wahrheit verbessert worden, oder daß es dem deutschen Rechte an einem inneren Lebensfaden gefehlt hätte, an welchem die nöthigen Verbesserungen aus eigener Kraft sich hätten entwickeln können. Da unser unbekannter Verfasser die Rettung in dem inquisitorischen Prozesse gefunden hat, so sei uns erlaubt, ihn auf Bieners Geschichte des Inquisitions-Prozesses S. 32 u. f. 119 u. f. aufmerksam zu machen, wonach die ersten Spuren jenes Verfahrens sich im germanischen Rechte finden. Namentlich der Hauptgedanke der Untersuchung, das Verfahren von Amtswegen bei kundbaren Verbrechen, findet sich zuerst bei den Sendgerichten, einer fränkischen Staatseinrichtung, und ward in dem oben (Note 48) angeführten Capitular und andern fränkischen Gesetzen[52]) auch den weltlichen Richtern zur Pflicht gemacht. Derselbe Grundsatz, daß das Gericht auch ohne Klage einzuschreiten befugt sei, galt auch später noch bei den Rügegerichten[53]). Doch hielt das Volk

---

52) Capit. Langobard. ai. 802, cap. 12 u. 13. bei Pertz l. c. p. 104.

53) Sächs. Landr. I, 2. §. 4. III, 91. §. 1. Vergl. Kaiserrecht I, 14. Damit hängen auch zusammen die Privilegien der Stadtgerichte, Räuber, Diebe, Mördbrenner u. dgl. schädliche Leute zu verfolgen. Malblanc a. a. O. S. 65. Württ. Privil. Sattler, Gesch. der Grafen Forts. IV. Beil. 56.

Digitized by Google

an dem Grundsätze fest: „wo kein Kläger, ist kein Richter“ [54]). Daher die Aufstellung eines amtlichen Anklägers (advocati de parte publica, actoris fisci), wo eine Privatanklage nicht geführt ward [55]), und der Grundsatz: der Richter dürfe nicht Kläger sein [56]). Auch die peinliche Gerichtsordnung (Art. 6. 10. 114) nahm noch das Anklageverfahren als die Regel, das Untersuchungsverfahren als die Ausnahme an, und erst den Rechtsgelehrten des 17. und 18. Jahrhunderts war es vorbehalten, das letztere zu befestigen. Daß hierbei Mißgriffe begangen worden, wird jetzt nicht mehr geläugnet. Indeß in Ueberschätzung des Fremden stehen die heutigen nicht zurück. Wie man das inquisitorische Princip erst erträglich fand, nachdem es, durch die römischen Ketzergerichte zur Mißgestalt ausgebildet, nach Deutschland zurückgebracht war, so geht es jetzt mit der Staatsanwaltschaft und dem s. g. Staatsrecurse, welche in Frankreich eine gute Bedeutung haben neben Geschwornen und einem förmlichen Anklageverfahren, in Deutschland aber ohne diese Einrichtungen nur dazu dienen können, das System der Inquisition noch gehässiger und für die Freiheit gefährlicher zu machen.

---

54) Sächs. Landr. I, 62. §. 1. Schwäb. Landr. Cap. 97. Freiburger Stadtr. von 1120, und Hofrodel von 1586, angef. bei Laßberg, schwäb. Landr. a. a. O.

55) Maurer a. a. O. §. 119. 120. Biener a. a. O. S. 141.

56) Schwäb. Landr. Cap. 121ª.

Digitized by Google

## Uebersicht
der
# deutschrechtlichen Schriften
## vom Jahre 1841
### von Wilda.

---

Da ich die, bei Begründung unserer Zeitschrift verheißene jährliche Berichterstattung über die literarischen Erscheinungen, welche dem Gebiete der Rechtswissenschaft angehören, dem unsere Zeitschrift gewidmet ist, am Schlusse des dritten Jahrganges übernommen habe, so werde ich im Wesentlichen den Plan und die Anordnung, den mein werther College Reyscher in den beiden frühern Jahresübersichten befolgt hat, beibehalten.

### I. Allgemeine Werke.

Als solche sind hier zu erwähnen die Fortsetzungen von

**Weiske's Rechtslexicon**

und

**Rotteck's und Welker's Staatslexicon.**

Das erste uns hier näher liegende Werk ist bis zum 1. Heft des 4. Bandes vorgerückt. Unter den deutschrechtlichen Artikeln: Dessau von Gr. *, Ehevertrag und Erbvertrag von Buddeus, Ehelosigkeit von Luden, Einkindschaft von G. Rühl, Expropriation von Bopp, Eigenthum von Zirkler, möchte nur der letzte auf eine wissenschaftliche Selbstständigkeit Anspruch machen können.

Von dem Staatslexicon ist der 11. Band bis gegen Ende des Buchstaben O vollendet und es sind hier folgende Artikel hervorzuheben: Justus Möser oder der ächte deutsche Mann und die ächten deutschen Grundlagen des Rechts, der Freiheit und Politik von Welker, Nachdruck von Pfizer, Nacheile von Bopp, Näherrecht von G. Rühl, Namen von Fr. Kolb, Herzogthum Nassau von N. N., Naturrecht und positives Recht von C. v. Rotteck, oberaufsehende Gewalt von Welker, Oldenburg von W. Lüders, Octroirte und einseitig von Volksrepräsentation entworfene Verfassungen, von Welker.



Digitized by Google

## II. Das Naturrecht und die Gesetzgebungswissenschaft.

Die bedeutendste Erscheinung, welche zwar das Naturrecht noch nicht mit umfaßt, aber schon die Grundlagen für dasselbe enthält, ist:

System der speculativen Ethik, eine Encyclopädie der gesammten Disciplinen der praktischen Philosophie von Dr. J. H. Wirth. Erster Band. Reine Ethik. Heilbronn b. C. Drechsler. XII. 1196 S.

Es ist hier vom Standpunkte der Hegelschen Philosophie auf eine Fort- und Umbildung der Rechtsphilosophie, nach welcher die Moralität, deren Stellung zwischen dem abstracten Recht und der Sittlichkeit so vielen Anstoß erregt hat, nicht mehr als ein Kapitel der Rechtsphilosophie erscheinen soll. Die Ansicht des Verf. möchte sich durch Hervorhebung folgender Sätze andeuten lassen: „Das Wort Ethik ist hier in seinem wahrhaften, antiken Sinn genommen, in welchem es die Moral und die Rechtslehre in sich begreift. Wenn wir diesen Titel wählen, so wollen wir damit andeuten, daß wir weder die Entgegensetzung, noch die Einigung von Moralität und Recht, welche die Philosophie bisher versucht hat, anerkennen." — — „Denn weil die moderne Philosophie als die letzte und allein wahre Sittlichkeitssphäre das objective Rechtsganze erkennt, in der Moralität aber das Element einer substanzlosen, für sich in Willkür und Heuchelei endenden Subjectivität sieht, so setzt sie den Geist der Sittlichkeit nicht als absoluten, sondern nur als besondern Volksgeist, als endlich, zwischen das absolute Wissen des Geistes von sich aber und dieses blos endliche Wollen den härtesten Widerspruch."

Ueber das Naturrecht von Dr. A. Möhl, Bezirkrichter in Frankenthal. Mannheim b. Götz. VIII und 83 S.

ist eine fast ganz aus Stellen der verschiedenartigsten Autoren bunt durch einander gewebte und von Citaten aller Art strotzende kleine Schrift, deren Vorrede verkündet, daß der Verf. beweisen wolle, „daß das Rechtsgesetz das Sittengesetz selbst sei" und an deren Schluß er sagt, „er habe zu erweisen gesucht, daß zwischen Moral und Recht ein inniger Zusammenhang bestehe, und daß dieser auch vom positiven Recht anerkannt sei."

Das Auftreten von Stahl in Berlin hat seiner Zeit außer manchen Zeitungsrelationen, die es mit der Wahrheit nicht immer genau nahmen, auch zwei kleine polemische Schriften veranlaßt:

Kritischer Bericht über Professor Stahl's zwölf erste Vorlesungen an der Universität Berlin über das Naturrecht" v. C. M. Wolff, Kammergerichtsassessor. Berlin b. Dümmler. 35 S.

Die Rechtsphilosophie Stahls und die historische Fürstenschule. Eine kritische Würdigung der vom K. G. A. Wolff wider beide gerichteten Angriffe von Dr. A. Wöniger. Berlin bei Hirschwald. 38 S. 8.

Digitized by Google

Beide gehören mehr der ephemeren Flugſchrift, als der wiſſenſchaftlichen Literatur an. Der Vernichtungskampf, den Stahl gegen alle bisherigen philoſophiſchen Syſteme in ihrer Anwendung auf das Recht unternommen hat, die Principien, die er ſelbſt zur Grundlage der Rechtsphiloſophie machen will, ſind zwar ſchon oft Gegenſtand ganz allgemeiner Angriffe geweſen, welche ſchon zum Theil dadurch ſich charakteriſiren, daß man Stahl als Anhänger der hallerſchen Schule zu verſchreien geſucht hat; — und hie und da ſind ſie auch einer ſchärfern kritiſchen Beleuchtung unterworfen worden, aber es fehlt eigentlich noch an einer genauen Prüfung des Gebäudes ſelbſt, welches Stahl auf dieſer Grundlage aufgeführt, eine genauere Beantwortung der Frage, welche Fortſchritte die Philoſophie des Rechtes durch dieſes Werk gemacht hat? und ich fürchte, daß dieſe nicht ſehr zu Gunſten deſſelben im Vergleich zu ſeinem Vorgänger ausfallen konnte. Wer, wie es mir ſcheint, unbefangen hinzutritt, wird bei aller Anerkennung der Talente des Verf., bei aller perſönlichen Achtung, nicht verkennen, daß namentlich das philoſophiſche Privatrecht: die Lehre von den Perſonen, dem Eigenthum, den Verträgen, der Familie, — ſo weit wir das im Ganzen ſo heftig verworfene Hegelſche Naturrecht im Einzelnen nicht wiederfinden, — auf Tiefe und Originalität wenig Anſpruch machen können, daß die Begründung der Lehren oftmals willkührlich, ſpielend, die Ausführung dürftig iſt.

Als mit dem Naturrecht in Verbindung ſtehend, iſt noch zu nennen:

> Paräneſen zum Studium der philoſophiſchen und poſitiven Rechtswiſſenſchaft, auch u. d. T.: Karl von Rotteck über Weſen und Studium der Rechtsphiloſophie. Nebſt erläuternden Beilagen. Ein Beitrag zu Rotteck's Charakteriſtik und Denkmal. Zugleich paränetiſche Propädeutik zum Studium der Rechtsphiloſophie und conſtitutionellen Politik von K. H. Scheidtler, honor. Prof. zu Jena. Jena b. Cröker. VI und 112 S. 8.

Auf Wunſch der Verleger, die die Schrift zu dem Zweck eingeſendet haben, machen wir auch noch aufmerkſam auf

> Plato's Unterredung über die Geſetze. Aus dem Griechiſchen überſetzt von J. G. Schultheß. Zweite Aufl., neu bearbeitet von S. Vögelin, Prof. am Gymn. in Zürich. Erſter Theil. Zürich b. Meyer und Zeller. XII. 295 S. 8.

Es iſt dieſes die einzige und hinlänglich anerkannte Ueberſetzung. „Vielleicht — ſagt der Vorredner — hat es gerade in unſerer Zeit, die ſich im Schaffen und Erwägen der Verfaſſungen noch immer mehr, als in deren Befolgung und Entwicklung bewegt, ein allgemeines Intereſſe, den Verſuch einer ſolchen Verfaſſung aus der Hand des geiſtreichſten Philoſophen des Alterthums zu betrachten, zumal er hier wie nirgends ſonſt das Praktiſche zu ſeinem Augenmerk gemacht hat."

Digitized by Google

Die Literatur der Gesetzgebungswissenschaft ist mit folgender Angabe erschöpft:

Die Fortbildung der Gesetzgebung im Geiste der Zeit, und über die Hindernisse derselben besonders in Deutschland mit Hinblick auf den deutschen Gesetz- und Rechtszustand und die legislatorischen Vorarbeiten, sodann aber die zweckmäßigsten Mittel, zu einer guten Gesetzgebung überhaupt zu gelangen, mittelst Angabe der vornehmsten hiergehörigen Literaturquellen für fremde und einheimische bürgerliche Gesetzgebung von Alex. Müller. Leipzig b. Polet. 91 S. 8.

Niemand wird glauben, daß der Verf. in diesem Schriftchen — wovon mehr als $1/3$ aus Angabe von Büchertiteln und Abhandlungen besteht — mehr giebt, als der Titel verspricht; und wenn es auch des Neuen eben nicht viel enthält, so schadet es doch nicht, wenn Manches oft und in mancher Form gesagt wird.

Prof. Zöpfl hat in dieser Zeitschrift (Bd. 5 S. 110 ff.) mit seinem Aufsatz über das germanische Element im Code Napoléon, der sich dem frühern über „rationelles und nationelles Recht" anschließt, den interessanten Versuch begonnen, durch Aufsuchung von germanischen Elementen in den noch bestehenden Rechten außerdeutscher Völker, selbst da, wo ihre Gesetzgebung scheinbar rein rationellen Ursprunges ist, eine Art germanisches „jus gentium" zu begründen.

## III. Quellen des deutschen Rechts und dessen Geschichte.

Indem wir bei der Relation über die Bearbeitung der Quellen die chronologische Ordnung zu befolgen haben, ist hier zuerst zu erwähnen der neuen, von der Recordscommission besorgten, und einem Theile nach von Price, nach dessen Tode aber von Therze bearbeiteten Ausgabe der angelsächsischen Rechtsquellen:

Ancient Laws and Institutes of England, etc. — Printed by command of his late Majesty king William IV. under the direction of the commissioners of the public records of the Kingdom. MDCCCXL. Fol.

Es ist bereits durch die ausführlichern Anzeigen von J. Grimm und von Phillips bekannt geworden, wie die Hoffnung, daß bei einer neuen Durchforschung der Handschriftsammlungen möglicherweise uns bisher unbekannte Quellen des angelsächsischen Rechtes zu Tage gefördert werden möchten, nicht in Erfüllung gegangen ist. Es enthält diese neue Ausgabe nur ein paar kleine Stücke mehr als die von Wilkins und Reinhold Schmid. Aber nur die Hälfte des Bandes nehmen die eigentlich angelsächsischen Rechtssammlungen ein, dann sind diesen noch, unter der Benennung monumenta ecclesiastica, das bisher ungedruckte Pönitentiale vom Erzbischof Theodor, das von Egbert und ähnliche dem 7. bis 10. Jahrhundert angehörende Quellen des Kirchenrechts hinzu-

Digitized by Google

gefügt worden. Ich habe in meinem ſo eben erſchienenen Strafrecht der Germanen zu zeigen geſucht, wie die in den germaniſchen Ländern entſtandenen Beichtbücher ſich als eine bisher gar nicht beachtete Quelle für die Erkenntniß des germaniſchen Volksrechtes benutzen laſſen, und daher ſind dieſe kirchlichen Rechtsquellen eine um ſo erfreulichere Zugabe. — Der Text der angelſächſiſchen Rechtsquellen iſt ſorgfältig mit Benutzung der critiſchen Hülfsmittel bearbeitet und eine engliſche, die lateiniſche von Wilkins vielfach berichtigende Ueberſetzung hinzugefügt. Es iſt dabei aber in Anſchlag zu bringen, daß hier unſere Landsleute Phillips und R. Schmid bereits tüchtig vorgearbeitet hatten, und es giebt dieſe neue Ausgabe ein ehrenvolles Zeugniß für das, was der Letztere ohne allen handſchriftlichen Apparat durch ſeine Bearbeitung geleiſtet hat, wie es auch der engliſche Herausgeber anerkannt hat, jedoch mit der Bemerkung, daß Schmid in ſeinen Conjecturen nicht immer glücklich geweſen ſei und den ſ. g. **Leges Henrici I.** zu wenig Sorgfalt zugewendet habe. Von dem noch immer erwarteten Commentar Schmid's dürfen wir uns wohl mehr verſprechen, als die hie und da in der engliſchen Ausgabe hinzugefügten erklärenden Anmerkungen leiſten. Ein, die ſchweren Worte erklärendes Gloſſar, vorzüglich aber Indices, welche den Gebrauch erleichtern, ſind erfreuliche Zugaben.

Von den beiden in den frühern Ausgaben der angelſächſiſchen Rechtsquellen mehr enthaltenen Stücken iſt das Wichtigſte das, was bei uns in Deutſchland bereits früher Lappenberg u. d. T. de dignitate hominum (in dem rhein. Muſeum für Jurisprudenz, neue Folge. Bd. VI. p. 145) herausgegeben hatte; dieſes allerdings intereſſante Rechtsdenkmal, welches die Rechte und Pflichten eines freien Herrenhof-Beſitzers, beſonders aber die der verſchiedenen Claſſen der Hinterſaſſen und Hofhörigen deſſelben angiebt, hat nun Prof. Leo, — (dem wir ſo eben die intereſſante und hiſtoriſch-wichtige Entdeckung und Nachweiſung verdanken, daß die ſ. g. malbergiſche Gloſſe des ſaliſchen Rechtes der Sprache nach den celtiſchen Belgiern angehöre) — unter dem von den engliſchen Herausgebern gewählten Titel mit lateiniſcher und deutſcher Ueberſetzung drucken laſſen:

> **Rectitudines singularum personarum** nebſt einer einleitenden Abhandlung über Landſidlung, Landbau, gutsherrliche und bäuerliche Verhältniſſe der Angelſachſen. Halle b. Anton (XII und 282 S.) 8.

Die **Rectitudines** nehmen nur einen im Verhältniß ſehr kleinen Theil (S. 222—247) dieſer intereſſanten und lehrreichen Schrift ein, die noch vier Abhandlungen enthält: über angelſächſiſche Ortsnamen, die Landmaſſe und die Art des Anbaues, die Dorfverfaſſung, und Nahrungs- und Lebensweiſe der Angelſachſen auf dem Lande. Ganz eigenthümlich iſt der erſte dieſer Aufſätze, welcher ſprachliche Zergliederung der Ortsnamen, die der Verf. beſonders aus Kemble's Urkundenſammlungen ſorgfältig zuſammen geſucht hat, vielfachen Aufſchluß über

Digitized by Google

Landes- und Bodenbeschaffenheit, Denkweise, Lebenseinrichtung und Rechtsverfassung des Volkes gewährt. Hier wäre besonders Nachfolge zu wünschen. Im Uebrigen geht die Tendenz der Schrift auch dahin, die Urverfassung der Germanen als eine aristokratische, die auf der Grundlage einer weitverbreiteten Hörigkeit beruhte, darzustellen. Darin kann ich mit dem Verf. aber nicht übereinstimmen. In dem von Gefolgschaften eroberten England hatten sich Ungleichheit des Besitzthums, Besitzlosigkeit vieler Freien, großentheils dadurch hervorgerufene Standesungleichheit entwickelt, wie wir sie auf dem Festland besonders seit der nachcarolingischen Zeit sich in ähnlicher Weise entfalten sehen; aber herübergebracht haben die England erobernden Stämme diese Verfassung nicht. Ich werde dieses an einem andern Orte in Beziehung auf das hier in Rede stehende Buch weiter entwickeln, und kann vorläufig auf mein Strafrecht der Germanen, wo ich besonders S. 61 ff. und 408 ff. über Verfassungs- und Standesverhältnisse der Angelsachsen gesprochen habe, verweisen. —

Bei Gelegenheit der Ausgabe der angelsächsischen Rechtsquellen, von welchen wir ausgegangen sind, will ich auch nicht unerwähnt lassen, daß wir kurz darauf von der englischen Recordcommission auch eine neue Ausgabe der altwaliser Gesetze und Rechtsdenkmale erhalten haben:

**Ancient Laws and Institutes of Wales etc. Lond. MDCCCXLI. (P. XV u. 1004) Fol.**

Sie können freilich als Quellen des germanischen Rechtes gar nicht betrachtet werden, da sie einem ganz fremden Volksstamme angehören, doch haben sie auch die Aufmerksamkeit der Germanisten auf sich gezogen. — Mittermaier führt sie Privatrecht (§. 45 not. 2) unter den Quellen des englischen Rechtes auf, und besonders ist es durch eine, allerdings die Beachtung in Anspruch nehmende Stelle, welche ganz ähnlich wie das deutsche Recht, die Vindication von Mobilien, die man freiwillig aus der Gewere gelassen, beschränkt, bekannt geworden. (S. Kraut's Grundriß S. 215.) Für die Geschichte und die vergleichende Jurisprudenz — die auch unsern Blick für die Auffassung germanischer Rechtsverfassung erweitert — sind sie von großem Interesse. Vor der Ausgabe von Wotton zeichnet sich diese neue durch größere Vollständigkeit und Trennung verschiedener Bearbeitungen, die Wotton ganz durcheinander geworfen hatte, aus. Von R. Schmid, der in der Einleitung zu seinen Gesetzen der Angelsachsen (S. XXVIII—XLVII) uns am besten über die waliser Gesetze unterrichtet hat, wäre eine Berichterstattung über diese Ausgabe zu wünschen.

Ich habe zuvor auf den Gebrauch hingewiesen, der sich für die Geschichte des deutschen Rechts von den Beichtbüchern machen läßt, um so mehr ist hier der neuen Bearbeitung eines Werkes zu gedenken, dessen Wichtigkeit für die Geschichte des canonischen Rechts längst und allgemein anerkannt ist:

Digitized by Google

**Reginonis abbatis Prumensis Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis — ad optimorum Codd. fidem recens. adnotationem duplicem adjecit F. G. A. Wasserschleben. Lips. sumptibus Guil. Engelmann.** 1840. (XXVI. 526.) 8.

Waſſerſchleben (jetzt Prof. in Breslau), von deſſen gründlichen Studien der ältern kirchlichen Rechtsquellen wir wohl noch genauere Unterſuchungen über die Geſchichte der Pönitenzialien und ihr Verhältniß zu einander zu erwarten haben dürften, hat durch dieſe mit Kenntniß, Umſicht und Sorgfalt bearbeitete Ausgabe um ſo mehr den Freunden der Wiſſenſchaft einen Dienſt erwieſen, als ſie nicht nur vor der zuletzt erſchienenen Ausgabe von Baluze (Paris 1671), welche Harzheim im 2. Band der Concil. Germ. wieder hat abdrucken laſſen, Vieles voraus hat, ſondern das Werk des Regino dadurch nur um ſo zugänglicher geworden iſt.

Für die Bearbeitung der Rechtsbücher und der ältern Stadtrechte war in den letztverfloſſenen Jahren viel geſchehen, aus dieſem haben wir faſt nichts der Art anzuführen. In den neuen Mittheilungen des thüringiſch-ſächſiſchen Vereins für Erforſchung vaterländiſcher Alterthümer, welche fortfahren, ungedruckte Statuten bekannt zu machen, wie es ähnliche Zeitſchriften der vielen Vereine für deutſche Particular-Geſchichte thun ſollten, finden ſich: die Polizeiordnung der Stadt Nordhauſen v. J. 1549. Bd. 5. H. 2. S. 94—100; die alten Statuten (oder wohl richtiger auch Polizeiordnung) der Stadt Stolberg am Harz (wohl aus dem Anfang des 16. Jahrh.) Bd. 6. H. 1. S. 62—77; und die Fortſetzung der ausführlichen Geſetzſammlungen der Stadt Nordhauſen im 15. und 16. Jahrhundert. Bd. 6. H. 2. S. 42 bis 82, wovon der Anfang ſich ſchon im erſten Heft des 3. Bandes (1836) befunden hatte.

Von dem Solm'ſchen Landrecht, welches noch jetzt im Gebiete der Stadt Frankfurt, im Großherzogthum Heſſen, beſonders Oberheſſen, im Kurfürſtenthum Heſſen, beſonders im Fürſtenthum Hanau, im Herzogthum Naſſau und jenſeits des Rheins in den Regierungsbezirken Coblenz und Trier — gilt, und ſeine weite Verbreitung wohl nicht ſo ſehr dem Namen ſeines Verfaſſers, des Frankfurter Syndicus Joh. Fichard, als der Schonung, womit derſelbe, bei dem damals ausſchließlich herrſchenden romaniſtiſchen Geiſte, das deutſche Herkommen behandelt hat, verdankt, iſt ein neuer Abdruck von der Edlerſchen Buchhandlung in Hanau veranſtaltet worden, ohne weitere Zugaben und Bearbeitungen, wie ſie wohl erwünſcht und zeitgemäß geweſen wären. S. darüber Bopp in den krit. Jahrb. für deut. Rechtswiſſenſchaft. 1841. S. 651 ff. —

Die wichtigſten auf das deutſche Staatsrecht und deſſen Entwicklung

Digitized by Google

sich beziehenden Reichsgesetze sind auf eine zweckmäßige und brauchbare Weise herausgegeben von Fr. M. Oertel.

Von einem Autor, der ausdrücklich erklärt, nicht im Dienste der Rechtswissenschaft, sondern nur der Geschichte gearbeitet zu haben, und dessen Werk allerdings auch nicht so beschaffen ist, um einem genauern Studium der deutschen Reichsverfassung zu genügen, aber von angehenden Juristen doch als Hand- und Hülfsmittel benutzt werden kann, ist eine Sammlung der wichtigsten auf die Verfassung des deutschen Reiches sich beziehenden Reichsgesetze erschienen:

„Die Grundgesetze des deutschen Reiches zusammengestellt, eingeleitet und historisch-erklärt von F. M. Oertel, Prof. und Lehrer an der Landesschule zu Meißen u. s. w. Leipzig, b. Köhler. X u. 677 S. 8.

Theilweise hat der Verf. den Text nach handschriftlichen Quellen besonders aus dem Staatsarchiv zu Dresden zu berichtigen gesucht. Eine Gesetzsammlung für das Königreich Sachsen ähnlich wie Reyscher's Sammlung würtembergischer Gesetze hat Schaffrath zu veranstalten begonnen. Es soll dieser auf 25 Theile nebst Register. Bänden berechnete s. g. Codex Saxonicus alle praktisch-gültigen Gesetze von der ältesten Zeit bis zum Schluß des Jahres 1841, mit Ausschluß des Lausitzer Provinzialrechtes, nach dem einzelnen Theil der Rechtswissenschaft systematisch geordnet, in chronologischer Reihenfolge nebst Anmerkungen und Repertorien enthalten, und ist jetzt der erste Band auch u. d. T.:

Codex juris Saxonis privati etc. Altenburg b. Pierer erschienen. Da mir die Mittel zur nähern Beurtheilung fehlen, so verweise ich auf die Anzeige in den krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft v. 1842 S. 77, worin die Vollständigkeit, Treue und Correctheit des Abdruckes gerühmt wird.

Wenden wir uns nun zu den rechtshistorischen Werken, so müssen wir hier, außer des den Rechtsalterthümern angehörenden Aufsatzes von J. Grimm in dieser Zeitschrift (Bd. 5. S. 1.) über Nothnunft an Frauen zuerst gedenken:

„Die altdeutsche Gerichtsverfassung von Fr. W. Unger d. R. Dr. Amtsassessor auch Privatdocenten. Göttingen in der Dietrichschen Buchhandlung. XVI. 414 S.

Die Aufgabe, die der Verfasser dieses Buches sich ursprünglich gestellt hatte, war: das Dunkel, welches ihm über die Beschaffenheit des Gerichtswesens zu ruhen schien, auf welches der Sachsenspiegel in mehrern Stellen, besonders I, 2 Bezug nimmt, namentlich das Verhältniß des Gografen zum Schultheißen aufzuklären.

Da aber die dabei hervortretende Nothwendigkeit, die Bedeutung des Schultheißen nach seinem Ursprung festzustellen und nach seiner Entwicklung zu verfolgen, ihn zu weitern Nachforschungen über die Grundlagen des deutschen Gerichtswesens führte, so hielt er es für besser, seine eigentliche

Digitized by Google

Untersuchung in eine Darstellung der altdeutschen Gerichtsverfassung im Ganzen zu verweben. Es ist das Wort Gerichtsverfassung im engsten Sinne des Wortes zu nehmen, und man hat hier nicht eine Darstellung des altdeutschen Gerichtswesens wie etwa in den Werken von Maurer, wiewohl auch dieses noch das Beweisverfahren, die Rechtsmittel der Berufung u. s. w. ausschließt, zu erwarten. Nachweisung einer ursprünglichen Verschiedenheit von Herren- und Volksgerichte, der mit diesen Gerichten vorgegangenen Veränderungen und späteren Verschmelzung läßt sich gewissermaßen als das Hauptthema bezeichnen. Der Verfasser bewährt sich als ein Gründlichkeit anstrebender junger Forscher, und es würde seine Leistung als eine schätzenswerthe Bereicherung unserer germanistischen Literatur anzusehen sein, wenn das, was sie an haltbaren Ergebnissen enthält, etwa in einer ausführlichern Abhandlung dargelegt, und der Verfasser sich auf seine ursprüngliche Aufgabe beschränkt hätte. Für einen gänzlich verfehlten Versuch muß ich es aber halten, wenn der Verf. den angelsächsischen **Frithborg** (über welchen ich meine Ansicht neuerdings im Strafrecht der Germanen S. 68 entwickelt habe, worunter er aber eine Einigung zur Erhaltung des Friedens von 10 Freihöfen versteht, von denen jeder in der Gemeindeversammlung durch das Familienhaupt vertreten wird) als die Grundlage der deutschen Gemeinde- und Gerichtsverfassung ansehen und viele Einrichtungen der letztern daraus ableiten will. So z. B. die s i e b e n Urtheiler (Rath und Bürger Schöffen) in deutschen Gerichten. Es ist dies zu charakteristisch, als daß wir es nicht mittheilen sollten. Diese Urtheiler, sagt er (S. 113), nämlich sind nichts anders als die Familienhäupter des Frithborgs, neben welchen die übrigen Freien und unabhängigen Familienglieder den Umstand bildeten; denn wenn Einer von den Zehn das Haupt der Zehnschaft war, zwei Andere, jeder als Vertreter der Partei, die seiner Familie angehörten, auftraten, so bleiben — gegen die Rechnung wird niemand was einzuwenden haben — grade sieben Urtheiler übrig. — Unglücklicherweise läßt sich aber keine Spur von 7 Urtheilern bei den Angelsachsen, von denen der Verf. doch vorzugsweise den Frithborg herholt, nachweisen, eben so wenig bei vielen andern deutschen Stämmen. Diese Siebenzahl scheint besonders fränkisch gewesen zu sein, und wie man es allgemein annimmt, aus der Zwölfzahl, — welche die allgemein germanische für die Urtheiler, für die Eidhelfer u. s. w. gewesen ist — wovon 7 die Mehrheit, die zu einem Urtheil gehörte, bildete, entstanden zu sein. Diese Zwölfzahl der Urtheiler als eine germanische, die Entstehung der 7 aus 12 läugnet der Verf. (S. 188) seinem Frithborg zu Liebe. Erst nachmals sollen aus sieben zwölf geworden sein. Wie dieses aber geschehen, muß man im Buche nachsehen, es ist mir nicht hinlänglich klar geworden.

Das Gebiet des altdeutschen Beweisverfahrens berührt vielfach eine durch Reife und Abgerundenheit der Forschung, Klarheit der Auf-

fassung und Darstellung sich rühmlichst auszeichnende, durch eine Preisaufgabe der Münchener Rechtsfacultät veranlaßte Abhandlung eines angehenden jungen Forschers:

Die Purgatio canonica und vulgaris von Karl Hildenbrand. Mit einem Vorwort von Georg Phillips. München Literarisch-artistische Anstalt. VIII und 191 S. 8.

Ueber das Ergebniß der Untersuchung an einem andern Ort.

In den mannigfachsten Beziehungen ergebnißreich für die Kunde des deutschen Rechts im M. A. dürfte die Bearbeitung der Geschichte der einzelnen Oberhöfe und die Bekanntmachung der von denselben ertheilten Bescheide werden. Dem Werke von Michelsen über den Oberhof zu Lübeck schließt sich nun an:

Der Oberhof zu Frankfurt am Main und das fränkische Recht in Bezug auf denselben. Ein Nachlaß von Joh. Gerhard Christian Thomas, herausgegeben von Dr. Ludw. Heinr. Euler und bevorwortet von Jacob Grimm. Mit dem Bildniß des Verfassers. Frankfurt a. M.-Jäger'sche Buchhandlung.

Der im J. 1838 verstorbene Burgermeister Thomas zu Frankfurt, der mit Eifer und Liebe — wovon mehrere während seines Lebens bekannt gewordene Abhandlungen zeugen — die Muße, die ihm seine Amtsgeschäfte übrig ließen, der Geschichte des deutschen Rechtes, besonders des Rechtes seiner Vaterstadt zuwandte, hatte seine letzten Lebensjahre dem jetzt nach seinem Tode aus dessen Papieren herausgegebnen Werke gewidmet. Er ging dabei von dem gewiß sehr fruchtbaren Gesichtspunkt aus, Frankfurt als den Mittelpunkt des fränkischen Rechts zu betrachten. Denn Frankfurt hatte sich zum Ansehen eines Oberhofes nicht nur dadurch erhoben, daß eine Menge von Städten mit dessen Recht bewidmet und dahin gewiesen worden waren, sondern als Sitz eines Reichsgerichtes, welches besonders für Ostfranken mit dem Stadtgericht vereinigt worden war. Daher der Zug nach Frankfurt nicht blos von Städten, und in Beziehung auf Fragen, die nach dem besondern Stadtrecht zu entscheiden waren, ging. Thomas hat sein Buch nach einem weitern Plan angelegt, als der ist, welchen Michelsen bei der Abhandlung befolgte, die er dem Abdruck des lübekker Ordelsbuches vorausgeschickt hat. Es sollte ausführlich die Entstehung der Oberhöfe entwickelt, die Geschichte des frankfurter Oberhofes, dessen Wirksamkeit dargelegt, den Spuren der Verbreitung des frankfurter Rechtes, auch da, wo sich Einholung von Rechtsbelehrungen und Urtheile nicht nachweisen lassen, und in der Zeit, als dergleichen schon weniger eingeholt wurden, nachgegangen werden; indem der Verf. dabei nicht nur die formelle Uebereinstimmung der Rechtsquellen vor Augen hatte, sondern die Wiederkehr gewisser charakteristischer Rechtsgrundsätze, die sich im frankfurter Rechte finden, und als Eigenthümlichkeit des fränkischen Rechtes überhaupt anzusehen sind, namentlich der besondern Güterverhältnisse unter Ehegatten. Es fehlt dem Buche

Digitized by Google

aber, wie es der Verf. hinterlassen hat und uns hier vorliegt, nicht nur „die letzte Feile," sondern die Ausführung ist oft so ungenügend, fragmentarisch, daß man es mehr nur als eine Materialiensammlung betrachten kann. Auch Grimm hat in seinem Vorwort darauf hingedeutet und eine Reihe berichtender oder ergänzender aus der Fülle seiner Kenntnisse geschöpfte Andeutungen über Gegenstände des altgermanischen Rechtsverfahrens gegeben. Besonders zu bedauern ist es aber auch, daß das sehr reiche, meist aus den alten Schöffenprotocollen entnommene Urkunden-Buch, welches aber keineswegs blos einzelne Rechtsentscheidungen und Bescheide enthält, nicht vor der Herausgabe nochmals mit den Originalen hat verglichen werden können, zumal da diese Schöffenprotocolle selbst oft fast unlesbar und incorrect geschrieben sein sollen. Es ist das Urkundenbuch aber um so wichtiger, da die Aufzeichnungen des ältern frankfurter Rechtes bis zur Reformation von 1509 sehr dürftig sind. — Da Thomas bei der besondern Beachtung, welche er dem frankfurter und fränkischen Güterrechte der Ehegatten zugewendet hatte, gerade das ältere bis zum J. 1509 zu sehr unbeachtet gelassen hatte, so ist der Herausgeber, der sich, wie er berichtet, mit diesem Gegenstande bereits früher viel beschäftigt hatte, dadurch zu einer kleinen Schrift veranlaßt worden, die gewissermaßen als eine Ergänzung jenes Werkes und als ein schätzbarer Beitrag zur Kenntniß der deutschen ehelichen Güterrechte um so mehr zu betrachten ist, als in dem neuesten großen Werke über diesen Gegenstand, dessen wir unten zu erwähnen haben, das fränkische Recht mit seinem „System der gesammten Hand" weniger beachtet worden ist. Der Titel der Schrift ist:

Die Güterrechte und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt am Main bis zum J. 1509 mit Rücksicht auf das fränkische Recht überhaupt. Ein rechtsgeschichtlicher Versuch von L. H. Euler, Dr. d. Rechte. Frankfurt a. M. Jäger'sche Buchhandlung. 82 S. 8.

In die Zeit des Kampfes des römischen und deutschen Rechts, und der Verbindung und allmähligen Verschmelzung römischer und deutscher Elemente zu einem Ganzen versetzt uns ein durch musterhafte Gründlichkeit detaillirter Forschung, weniger aber, wie es mir scheinen will, durch die Anlage ausgezeichnetes Werk; bei welchem aber jedenfalls zu wünschen gewesen wäre, daß der Verf. den Leser mehr bei einzelnen Hauptabschnitten auf den Zweck und Gang seiner Untersuchung vorbereitet, die Einzelheit mehr zusammen gefaßt hätte. Es ist dieses:

Die Elemente der Joachimischen Constitution vom J. 1527. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des deutschen Rechtes von Dr. L. E. Heydemann, Kammergerichts-Assessor und Privatdocent (jetzt außerord. Prof.) zu Berlin. Berlin b. Veit u. Comp. XXXIII. 416 S. 8.

Die Joachimische oder märkische Constitution ist ein mit Zustim-



Digitized by Google

mung der Stände (Prälaten, Adel, Städte) der Mark Brandenburg erlassenes Gesetz „Willkör," welches den Mißständen, die aus der allzu großen örtlichen Verschiedenheit der Erbrechte hervorgingen, durch Vereinfachung abhelfen und an die Stelle der bis dahin gegoltenen Gesetze, Privilegien und Gewohnheiten treten sollte. Es ist dadurch das römische Recht die Grundlage des Erbrechtes geworden, doch in Beziehung auf das Erbrecht der Ehegatten sind die deutschen in der Mark geltenden Rechtsgrundsätze beibehalten worden; aber so, daß diese durch das römische Recht hie und da modificirt worden sind, während wiederum neben dem römischen Erbrechte sich manche Reste des volksthümlichen Rechtes erhalten haben. Das Gesetz in diese seine Bestandtheile zu zerlegen und zu erläutern, ist die Aufgabe des Verfassers. Schwierig wird sie dadurch, daß die Joachimica die beibehaltenen deutschen Rechtsgrundsätze nicht entwickelt, sondern mehr als bekannt voraussetzt. Es entsteht nun die Frage: welche Rechte haben in der Mark über die Güterverhältnisse der Ehegatten gegolten? Ein Fingerzeig dafür enthält die Joachimische Constitution, indem sie das halbe Gut an liegenden Gründen und fahrender Habe dem überlebenden Ehegatten nach alter Gewohnheit zuspricht. Dies giebt dem Verf. (was man freilich erst viel später verstehen lernt, da er eine ausführliche Erörterung über magdeburgisches Recht gleichsam vom Himmel fallen läßt) Veranlassung, aus einer sehr genauen Erforschung der Güterrechte in den einzelnen brandenburgischen Städten und der Vergleichung mit dem magdeburgischen Recht nachzuweisen, wie in denselben schon seit dem 12. Jahrhundert Regel geworden, daß dem überlebende Ehegatte die Hälfte des Gesammtvermögens erhielt, so daß hier nach des Verf. Ansicht die westphalische Erbfolge der Ehegatten Eingang gefunden hatte, dagegen aber das Erbsystem der Ostphaler, welches sich im Sachsenspiegel und im magdeburgischen Recht findet, fremd geblieben war, jedoch in einigen Städten neben der Halbtheilung auch eine dem magdeburgischen Rechte entlehnte Singularsuccession in Heergewäte und Gerade herrschend geworden war, in andern eine Annäherung an das lübische Recht, welches als eine besondere Fortbildung des westphälischen zu betrachten ist, stattgefunden hatte. Diese Untersuchungen, welche einen großen Theil des Buches einnehmen, dürften auch als das allgemein Interessanteste in demselben zu betrachten sein. Ein Anhang giebt eine kurze Geschichte des brandenburgischen Schöppenstuhls, der erst in jüngster Zeit definitiv untergegangen ist.

Dem Gegenstand nach sehr nahe verwandt, ist mit besprochenem Buche der interessante Aufsatz von Laspeyres in dieser Zeitschrift (Bd. 6. S. 1) über die Reception des römischen Rechts in der Mark Brandenburg u. s. w.

Am Schluß dieser Relation über die rechtsgeschichtlichen Schriften will ich noch, als dem germanischen Rechte in weiterm Sinne angehörend, eines schwedischen Werkes um so mehr gedenken, als es

Digitized by Google

bisher in Deutſchland noch ganz unbekannt ſein dürfte, und ſeit Stiernhook' de jure Sueonum der erſte Verſuch einer Bearbeitung der ſchwediſchen Rechtsgeſchichte iſt, die zwar, ſich als „Beitrag" ankündigend, keinen Anſpruch auf Vollſtändigkeit macht, aber darum nicht minder verdienſtlich und beachtenswerth iſt — zumal da der Verf., ein geborner Schwede, in Helſingfors als Profeſſor angeſtellt, ein in der deutſchrechtlichen Literatur ſehr wohlbewandter Gelehrter iſt. Die Publication des erſten ſchon länger gedruckten Theils iſt erſt nach Vollendung des zweiten erfolgt. Der Titel iſt: **Bidrag till den soenska Samhälls-Författningens Historia; Eftes de äldre Lagarne till sednare hälften af sjuttonde seklet***) **af J. J. Nordström Ph. och J. U. D. första Afdelningen. Helsingfors hos J. C. Frenckell et Son. 1839. P. XVIII. 387. Andra Afdelningen. 1840. P. VII. 855. 8.**

## IV. Deutſches Privatrecht.

Werke, welche das ganze Privatrecht zum Gegenſtande hatten, ſind nicht erſchienen; auch Maurenbrecher's Lehrbuch, dem, wie man auch über manche Theorien des Verfaſſers, insbeſondere über ſein Juriſtenrecht, und die Art und Weiſe, demſelben Geltung verſchaffen zu wollen, denken mag, eine ſehr rühmliche Anerkennung nicht wird verſagen können, fehlt noch der zweite Theil. — Indem wir bei Durchmuſterung des Einzelnen einer gewiſſen Ordnung der Lehren folgen, begegnen wir zuerſt Reyſchers Abhandlung: die Ueberlieferung des Rechtes durch Sprüchwörter. Zeitſchr. Bd. 5. S. 189, und zwar Bearbeitungen der Lehre von der Colliſion der Geſetze, durch welche ein Wendepunkt in der Behandlung derſelben eintreten zu wollen ſcheint. Ein umfangsreicher Aufſatz des Canzler von Wächter, in dem Archiv für civil. Praxis Bd. 24, kann faſt nur erſt als Einleitung zu einer neuen Reviſion dieſer Lehre angeſehen werden, da er ſich faſt nur mit der Frage, aus welchen Quellen die hier in Betracht kommenden Fragen zu beantworten ſein möchten, und mit einer Critik der bisher aufgeſtellten Theorien beſchäftigt. In der Anſicht, daß eine allgemeine Theorie unſerer Lehre aus dem römiſchen Recht, worauf man ſie beſonders früher mehr oder minder hat begründen wollen, ſich nicht entnehmen laſſe, daher, ſo weit in den einzelnen Ländern nicht beſondere Geſetze vorhanden ſind, die Natur der Sache lediglich zu Grunde gelegt werden kann; daß ferner alle bisherigen Verſuche ungenügend ſind, ſtimmt mit Wächtern überein:

Entwicklung des internationalen Privatrechts von Dr. Wilhelm Schäffner, Advocat zu Frankfurt a. M. Frankf. a. M. b. J. D. Sauerländer. X. 213 S. 8.

„Internationale Privatrecht" iſt der in der engliſchen und nord-

*) d. i. Beitrag zur Geſchichte der Verfaſſung des ſchwediſchen Gemeinweſens, nach den ältern Geſetzen bis zur letzten Hälfte des 17. Jahrhunderts

amerikanischen Jurisprudenz gangbare Ausdruck für die Lehre von den Conflicten, welche aus der Civilgesetzgebung verschiedener Staaten entstehen; und wiewohl er bei uns den herkömmlichen Ausdruck Collision der Gesetze nicht wird ersetzen können, weil wir dabei zunächst immer an die Verschiedenheit der Rechte in den einzelnen Bundesstaaten, unter welchen des blos völkerrechtlichen Charakters des deutschen Bundes ungeachtet doch mehr als ein blos internationales Verhältniß besteht, so wie an die Verschiedenheit der Localstatuten denken, so ist doch die Aufnahme jener Bezeichnung in die deutsche Rechtswissenschaft ein Merkmal des Fortschrittes, andeutend, daß wir die Gränzen unseres juristischen Gesichtskreises nicht mehr glauben absolut innerhalb des römischen Rechtes suchen zu müssen und sich auch in juristisch-literärischer Beziehung ein Wechselverkehr der Völker mehr und mehr zu gestalten anfängt. Die sehr beachtenswerthe Schrift aber, welche diesen Namen aufgenommen hat, zeichnet sich besonders durch eine fast vorherrschende Beachtung der außerdeutschen Rechte aus, besonders der rühmlichst bekannten Werke von Story, Wheaton, Burge.

Nach einer Einleitung giebt der Verf. im ersten Kapitel eine Darstellung der bisherigen Ansichten und stellt die allgemeinen Grundsätze auf. Sein Hauptprincip drückt er aus: „Jedes Rechtsverhält„niß ist nach den Gesetzen desjenigen Ortes zu beurtheilen, wo es „existent geworden. Hierin liegt zugleich die Rücksicht auf diejenigen „Gesetze, deren ganzer Inhalt dahin geht, ein Rechtsverhältniß nur „dann als solches anzuerkennen, wenn es ihnen gemäß ist." Der Verf. handelt dann in den folgenden Kapiteln „Von dem Zustand und der Rechtsfähigkeit der Personen;" von dem Sachenrecht, an Immobilien, an Mobilien; von dem Obligationenrecht; von dem Familienrecht, Eingehung der Ehe, Vermögensrecht der Eheleute, Auflösung der Ehe; von dem Erbrecht, Intestaterbrecht, letzwillige Verfügen; von der Collision der Civilproceßgesetze und dem Beweise des ausländischen Rechtes.

In das Gebiet der Privatfürsten und Adelsrechte fallen dann wieder eine Reihe von Schriften, die zur Literatur des Bentinckschen Processes auch in diesem Jahre wieder hinzugekommen sind. Als eine Ergänzung der Acten, die sonst vollständig vorliegen, ist erschienen:

„Klageschrift des Reichsgräflich Bentinckschen Erbfolgestreites u. s. w. bei dem Großherz. OAGericht zu Oldenburg d. 17. April 1837 eingereicht. Verfaßt und mit Anmerkungen und Urkunden herausgegeben von Dr. K. A. Tabor. Göttingen b. Vandenhoeck u. Ruprecht. XXII. 128 S. 8.

Der Darstellung dieses Erbfolgestreites, welche ich in dieser Zeitschrift (Bd. III. S. 197 ff. Bd. IV. S. 148 ff.) geliefert habe, hat Prof. Dieck eine ausführliche „Entgegnung" entgegengesetzt, die in 3 Heften, in Leipzig bei Tauchnitz jun. erschienen ist. Ich habe

Digitized by Google

darauf nicht weiter geantwortet, weil ich glaubte, dem prüfenden Leser, dem es darum zu thun, sich eine wissenschaftliche Ueberzeugung über die rechtlichen Controversen zu bilden, ruhig die Beurtheilung anheim stellen zu können, und die Erörterung einzelner Punkte, die von einem wissenschaftlichen Interesse sein möchten, um so mehr einer andern Zeit aufbewahren wollte, als ich einen literarischen Streit mit einem Mitglied der Facultät, der ich eine lange Reihe von Jahren aggregirt bin, vermeiden wollte, indem dieser immer mehr einen persönlichen Charakter hätte annehmen müssen. Denn wiewohl ich der Ueberzeugung war, meinem erklärten Vorsatz, „mich bei der unvermeidlichen Polemik streng innerhalb der von der Sache gegebenen Gränze zu halten, und besonders alles zu vermeiden, was die Persönlichkeit des betheiligten und geachteten Collegen treffen könne," durchaus treu geblieben zu sein, wiewohl ich mehrmals Gelegenheit genommen hatte, eine wissenschaftliche Anerkennung auszusprechen, um so mehr von jeder Gesinnungsverdächtigung mich fern gehalten hatte, hatte Prof. Dieck Gehässigkeiten erblickt, wo dergleichen meinem Willen durchaus fern gelegen haben, und ich auch nicht den leisesten Gedanken hatte, daß dergleichen gefunden werden könne, so z. B. wenn ich den genannten Autor, der sich öffentlich als Verf. der Duplickschrift bekannt hatte, im Allgemeinen mit unter der Bezeichnung Anwälte der Beklagten begriffen hatte. Dagegen hatte man aus einem vor einigen Jahren geschriebenen Artikel in Weiske's Rechtslexicon (Autonomie) den Ausdruck aufgegriffen: „der hohe Adel war der Reichsstaatsgewalt unterworfen, an deren Ausübung er selbst Theil nahm," um daraus auf den Schluß zu leiten, daß ich die Ansicht, die ich, zu einem genauern Eingehen auf die Sache veranlaßt, als die richtige vertheidigt habe: daß hoher Adel durch Besitz vollständiger Landeshoheit begründet worden sei, ohne daß Reichsstandschaft nothwendig habe, hinzukommen müssen, wiewohl dieses nur selten stattgefunden haben mag — gegen besseres Wissen und Gewissen als meine wissenschaftliche Ueberzeugung ausgegeben hätte!

Ein

Rechtliches Erachten, betreffend den gegenwärtigen Besitzstand der Reichsgräfl. Oldenburg-Bentinckschen Familienfideicommißherrschaften, von J. F. Mühlenbruch Geheim. Justizrath u. s. w. Göttingen b. Vandenhoeck u. Ruprecht. VI. 175 S.

hat die Darlegung der Gründe, weshalb der Besitz, in welchem die Beklagten sich befinden und worin sie durch die oldenburgische Regierung geschützt worden sind, als ein widerrechtlicher angesehen werden muß, und die Angabe der Rechtsmittel, die den Klägern, welche freilich in deren Gebrauch, so lange ein deshalb geschlossener Vergleich, welchen man beklagterseits zu entbinden bereits versucht hat, in Kraft bleibt, beschränkt sind, zustehen. Es ist wohl unnöthig, auch die, wel-

Digitized by Google

chen der Bentinckſche Rechtsſtreit fern liegt, auf eine Schrift aufmerkſam zu machen, für welche der Name des Autors ſchon hinlänglich Beachtung erwecken wird. Wohl iſt aber zu erwähnen, daß Mühlenbruch — nach Angabe der Gegner natürlich aus lauter Befangenheit — ſich in allen weſentlichen Punkten für die Kläger ausſpricht und ſich namentlich den von Heffter, Tabor und mir vertheidigten Anſichten ausdrücklich angeſchloſſen hat. — Anders Michaelis, der ſeine beiden frühern Anzeigen der über dieſen Rechtsſtreit erſchienenen Schriften aus den kritiſchen Jahrbüchern für deutſche Rechtswiſſenſchaft als ein „Votum über den Bentinckſchen Erbfolgerechtsſtreit" (Tübingen b. Laupp. VI u. 111 S.) hat abdrucken, und nunmehr auch eine neue Anzeige der ſeitdem erſchienenen obgenannten Schriften in der angeführten Zeitſchrift (5. Jahrg. S. 1061—1114) hat folgen laſſen. Mühlenbruch und dem Referenten beſonders iſt, wie bereits früher Heffter und Anderen die Ehre zu Theil geworden, darüber belehrt zu werden, wie ſie in lauter Parteieifer nichts als ungehörige, verkehrte, unhaltbare Dinge vorgebracht hätten, wie dieſes Alles bereits auf's Unwiderleglichſte Dieck zuvor oder nachmals dargethan hat, und es Votant nun mit dem vollſten Gewicht ſeiner Autorität bekräftigt. Gönnen wir demſelben, der ſeinen literariſchen Richterthron auf einem ſo mächtigen Unterbau tief in die Wiſſenſchaft eingreifender Leiſtungen errichtet hat, die unſchuldige Freude!

Auch Buddeus hat im zweiten Bande des Staatsarchivs einen Aufſatz über die gegenwärtig proceßualiſche Lage der Bentinckſchen Rechtsſtreitigkeit gegeben, worin er ſich zu Gunſten der Beklagten erklärt; während ſich im erſten Heft der Cottaiſchen Vierteljahrsſchrift für 1842 (S. 101—141) eine beachtenswerthe Abhandlung „über die Succeſſionsſtreitigkeiten in Deutſchland" befindet, worin unter beſonderer Bezugnahme auf den Bentinckſchen Erbfolgeſtreit dargethan wird, wie es höchſt wünſchenswerth ſei, daß die Grundſätze über die Erbfolgefähigkeit in deutſche Territorien von Bundeswegen feſtgeſtellt werden, um den Folgen, welche die Vertheidigung der Gewiſſenehe, der Succeſſionsfähigkeit der Legitimirten u. ſ. w. haben könnten, zuvorzukommen. — Schließlich will ich hier noch hervorheben, wie mehrere Rechtslehrer, denen man Befangenheit aus irgend einem Parteiintereſſe wohl nicht wird vorwerfen können, ſich mit den auch von mir in dieſer Zeitſchrift vertheidigten Rechtsgrundſätzen ausgeſprochen haben. Dahin gehört in Betreff der Anſicht, daß Landeshoheit das charakteriſtiſche Merkmal des hohen Adels ſei, nicht aber nothwendig Reichsſtandſchaft: J. A. Zachariä deutſches Staats- und Bundesrecht. 1. Abth. S. 263. Auch G. J. R. Bauer in Göttingen hat nach einer von Tabor in der angef. Klageſchrift Vorerinnerung S. XI gegebenen Notiz ſich ganz entſchieden zu der Meinung bekannt, „daß — wie Tabor es ausgeführt, nicht durch die Ausübung des Rechtes die Reichsſtandſchaft bedingt ſei." — Ueber

Digitized by Google

die Gewissensehe sagt Falck, Schleswig-Holst. Privatrecht Bd. 4. S. 391: „die einzige consequente Weise, sie zu vertheidigen, scheint die zu sein, zu behaupten, daß noch jetzt zur Eingehung der Ehe die bloße Erklärung des consensus conjugalis genüge, die priesterliche Trauung für nichts anders zu halten sei, als für eine schickliche Kundmachung, mit andern Worten, daß noch gegenwärtig eine wahre Ehe mittelst sponsalia de praesenti eingegangen werden könne. Unverkennbar ist aber diese Ansicht sowohl mit den Grundsätzen des katholischen als des protestantischen Kirchenrechts in entschiedenem Widerspruch." Ich habe diese Aeußerung um so mehr hervorgehoben, weil gerade diese Stelle von Dieck bei seiner Berufung auf Falck's Privatrecht in der Entgegnung H. II. S. 62, die sonst wohl unterblieben wäre, muß übersehen worden sein. Dagegen hat zwar H. A. Zachariä a. a. O. S. 157 sich für die Ansicht ausgesprochen, daß ein protestantischer Landesherr sich selbst von der Trauung dispensiren könne, allein ich glaube mit einiger Sicherheit sagen zu können, daß er damit einer eo ipso Dispensation nicht das Wort reden wollte. — Rücksichtlich der vertheidigten Grundsätze über die Successionsunfähigkeit der p. s. matrimonio Legitimirten kann ebenfalls auf Zachariä a. a. O. S. 155 und Maurenbrecher deutsches Privatrecht 2. Aufl. Bd. I. S. 21 verwiesen werden. Von großem Interesse für die Sache ist aber eine ebenfalls von Tabor (Klageschrift. Vorerinnerung S. XIX.) aus Ch. H. Schweders Theatrum praetensionum II. p. 289 gemachte Mittheilung eines Schreibens des Papstes in Betreff der vom Herzog von Modena erhobenen Ansprüche an Ferrara, worin er den Grundsatz, daß in jure feudali generaliter alle legitimati für inhabil gehalten würden, weiter ausführte und anerkannte. Michaelis hat dieses aber in seiner, die Klageschrift mit umfassenden Anzeige nicht beachtet und behauptet noch frisch weg, wie es Dieck gethan, daß die Successionsfähigkeit der Mantelkinder „orthodoxe" Lehre der Kirche und Canonisten war. Das deutsche Sachen- und Obligationen-Recht ist in dem jetzt geschlossenen Jahrgang unserer Zeitschrift durch folgende hierher gehörige Abhandlung bereichert worden: Brackenhoeft über die s. g. juristische Gewere an Mobilien (Bd. 5. S. 133 ff.), welcher Aufsatz sich dem früher über die j. G. an Immobilien anschließt. Reyscher: die Realgewerberechte mit Hinblick auf einen Rechtsfall. (Bd. 5. S. 53 ff.) L. Dunker: über Papiere auf den Inhaber. (Bd. 5. S. 30 ff.) Huck: die Viehverstellung (Bd. 5. S. 226 ff.), worin zuerst durch Entwicklung der verschiedenen Arten derselben, d. h. „aller Rechtsgeschäfte, vermittelst welcher Hausthiere, die Nutzen, Gebrauch, oder beides abwerfen, einem andern zur Einstellung, Wartung und Fütterung gegen irgend einen Vortheil auf längere Zeit übertragen wurden," eine Lücke ergänzt, die richtige Auffassung wesentlich befördert worden ist. Von Scholz III Zeitschrift für das Landwirthschaftsrecht ist im v. J. ein



Digitized by Google

3. Heft des 2. Bandes erschienen, welches eine Reihe von Aufsätzen enthält, die hier des Raumes wegen nicht alle aufgezählt werden können, bei weitem die meisten von dem Herausgeber selbst in der bekannten Weise, darunter besonders über „die obrigkeitliche Bestätigung der Verträge besonders der bauerischen." Eine dem Inhalt nach verwandte Zeitschrift, bei der jedoch die Rücksicht auf das besonders im Königr. Sachsen geltende Recht vorwaltet, ist begründet worden:

> Mittheilungen aus der landwirthschaftlichen Rechtskunde, dem Oeconomie-, Dorf- u. Bauernrecht. Im Verein mit mehreren Oeconomie-Commissarien und Rechtsgelehrten herausgegeben von Heinr. Graichen. Leipz. b. Böhme. 12 Hefte.

Es dürften etwa die Aufsätze über gesetzliche Entrichtung des Chausseegeldes, Beiträge zur Lehre vom Weiderecht und Pachtvertrag, zum Baurecht, über die Jagdfolge, hervorzuheben sein.

Die größte Bereicherung hat in diesem Jahre das Familienrecht und zwar die Lehre von den Güterrechten der Ehegatten erfahren, theils schon durch die vorerwähnten historischen Schriften, insbesondere aber durch das Werk eines unserer würdigsten Veteranen der Wissenschaft, wie der Praxis des deutschen Rechts, den jeder Jünger derselben hier mit Freuden begrüßen wird:

> Deutsches eheliches Güterrecht von Dr. Ch. L. Runde, Großherz. Oldenb. Geh.-R. und OAG Präsidenten u. s. w. Oldenburg in der Schulzeschen Buchhandlung. XX und 543 S.

Es zerfällt dieses Buch in drei Theile: einen historischen, dogmatischen und politisch-legislatorischen. Darlegung des Ursprungs und die Entwicklung der verschiedenen Systeme des ehelichen Güterrechts in Deutschland überhaupt, ist der Zweck, den sich der Verf. bei den ersten beiden Theilen gesetzt hat, doch waltet dabei die Rücksicht auf das nördliche Deutschland und die Länder des Sachsenrechts in einem überwiegenden Maaße vor, und mit ganz besonderer Sorgfalt und Ausführlichkeit werden die in oldenburgischen Landen geltenden Particularrechte entwickelt. In dem historischen Theil hat der Verf. sich mehr an die Resultate der Forschungen von Eichhorn und dessen Nachfolger gehalten, daher so beachtenswerth auch die Art der Auffassung und Beurtheilung der Ergebnisse bisheriger Forschungen von einem solchen Kenner sind, die eigentliche Bedeutung des Buches doch mehr in dem durchaus selbstständigen dogmatischen Theil zu suchen ist. Es zerfällt dieser in zwei Abschnitte: 1) die ehelichen Güter, wie sie unmittelbar durch das positive Recht an sich eintreten, a) und zwar unter Lebenden, wo denn die verschiedenen Systeme entwickelt, und die Entstehung und Veränderung der gesetzten Güterverhältnisse untersucht wird; b) auf den Todesfall. Ueberall folgt der zusammenhängenden Darstellung des gemeinen Rechts die der oldenb. Particularrechte. Als Hauptprincip hält der Verf. fest, daß alle deutschen ehelichen Gütersysteme auf einer

Digitized by Google

durch das ursprüngliche Mundeum des Ehemannes gegebenen Gütervereinigung, nicht aber einer Gütergemeinschaft beruhe, wiewohl er den letztern einmal üblichen Ausdruck beizubehalten räthlich hält. Eine ganz besondere Beachtung dürfte auch der dritte Theil: „Grundzüge einer deutschthümlichen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht" in Anspruch nehmen. Der Verf. leitet seinen Gesetzentwurf mit der Auseinandersetzung ein, wie eine dogmatische Darstellung der Güterrechte deutscher Länder die Mängel des gegenwärtigen Rechtszustandes, welche besonders in der Rechtsungewißheit und der großen Mannigfaltigkeit der Provinzialrechte, Ortsstatuten und Gewohnheiten bestehen, erst recht in's Licht setze, und wie eine genügende Abhülfe nicht durch die Wissenschaft, sondern nur durch die Gesetzgebung geschafft werden kann. „Das römische Recht ist in seinen Bestimmungen sowohl unter lebenden Ehegatten, als auf den Todesfall, durchaus nicht volksthümlich." Ein genauerer Bericht über den vom Verf. vorgelegten Entwurf kann hier nicht gegeben werden, nur will ich bemerken, daß als Princip vorangestellt wird: „Die Eheleute leben in, dem Eigenthum nach, getrennten Gütern." Es sollten die Germanisten, nach dem Vorbilde des erleuchteten Runde, bei ihren Arbeiten überhaupt mehr und mehr den Gesichtspunkt festhalten, ohne daß deshalb auch gleich immer über jeden Gegenstand ein neuer Gesetzentwurf mitzutheilen wäre, daß sie einem durch Gesetzgebung zu befestigenden und zu gestaltenden nationellen deutschen vorzuarbeiten berufen sind, wenn auch der vor einem Menschenalter ausgesprochene Wunsch unseres im Andenken seiner Schüler fortlebenden Thibaut, in einer irgend durch menschliche Voraussicht zu ermessenden Zeit, nicht in Erfüllung gehen dürfte. Wer hätte aber wenige Jahre später so Manches für möglich halten wollen, was sich jetzt dennoch gestaltet! Sehen wir doch auch den großen Gegner unseres Thibaut an die Spitze eines großen Gesetzeswerks gestellt!

Eine Reihe dem Familien-, besonders Erbrechte angehörige Abhandlungen hat unsere Zeitschrift gebracht: den Aufsatz von Michelsen 5. Bd. S. 210: zur Auslegung und Anwendung von II. F. 45 (die Trennung des Lehns von der Allodialerbschaft betreffend), das Erbrecht der adligen Töchter und deren Verzichte von Reyscher Bd. 6. S. 257 ff., das gesetzliche Erbrecht der Basler Gerichtsordnung v. J. 1719 von Wunderlich Bd. 6. S. 201, und die Abtheilung und Abschichtung der Kinder nach lübschem Recht von einem holsteinischen Rechtsgelehrten Bd. 6 S. 225. —

Von Bearbeitungen der Particularrechte habe ich nur zu nennen:

Handbuch des Herzogl. Sachsen-Altenburgischen Privatrechts einschließlich der dahin einschlagenden polizeilichen, criminal- und staatsrechtlichen Bestimmungen gemeinfaßlich für **alle** Stände bearbeitet von Dr. jur. Chr. Aug. Hesse. Altenburg b. Pierer. XVIII und 330 S. 8.

Die Bezeichnung „für alle Stände" ist hier nicht, wie es oftmals

Digitized by Google

der Fall ist, ein Merkzeichen der Buchmacherei und unwissenschaftlichen Trivialität. Das Buch scheint mir vielmehr, so weit meine Prüfung reicht, mit guten Kenntnissen, nach einem richtigen Plan angelegt. Gegen eine solche Popularisirung des Rechts, wie sie der Verf. erstrebt und näher bestimmt hat, dürfte schwerlich etwas einzuwenden sein; und das Buch scheint mir seinem Zweck zu entsprechen, zugleich als ein Lehr- und Unterrichtsbuch für das nicht juristische Publicum, und als ein Hülfsmittel für angehende Juristen zur Erwerbung der Kenntniß des Particularrechts und für Geschäftsmänner, um ihnen das Nachlesen und Nachschlagen zu erleichtern, zu dienen.

## V. Handelsrecht.

Ich sondere das Handelsrecht hier von dem deutschen Privatrecht ab, weil es sich nicht innerhalb der Gränzen des Privatrechts hält, und noch weniger sich gut ohne Rücksicht auf die Rechte fremder Länder behandeln läßt. Das vergangene Jahr würde hier ein nicht unfruchtbares zu nennen sein, wenn es auch nur das zuerst zu nennende Buch geliefert hätte, nämlich:

Das Handelsrecht. Als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht mit Berücksichtigung des außerdeutschen Handelsrechts dargestellt von Dr. Heinrich Thöl, Professor der Rechte zu Göttingen. Erster Band. Göttingen, Dietrichsche Buchhandlung. XVI. 404 S. 8.

Plan des Ganzen und Inhalt des Bandes dürfte sich am Besten aus folgender Uebersicht ergeben: Einleitung: Handelswissenschaft, Theorie des Handels, Handelsrecht, die Quellen desselben. I. Theil: der Handel. II. Theil: der Kaufmann. 1. Abschnitt: Das Recht, Handel zu treiben. 2. Etablissement. 3. Handelspersonal (Institor). 4. Handelsgesellschaften: a) Erste Abtheilung: die Handelsgesellschaften im Allgemeinen, b) die eigentliche Handelsgesellschaft, c) die Commanditgesellschaft, d) Actiengesellschaft, e) Vereinigung zu einzelnen Gewinngesellschaften. 5. Die Handelsgehülfen und die Handelsfrau. III. Theil: die Waare. IV. Theil: die Handelsverhältnisse und Handelsgeschäfte, Einleitung (Schließung von Verträgen). 1. Abschnitt: Kauf- und Verkauf; a) Erste Abtheilung: der einfache Kauf- und Verkauf, b) Prämiengeschäft, c) die zusammengesetzten Prämiengeschäfte. 2. Abschnitt: das Creditiren. 3. Abschnitt: die Zahlung, a) Erste Abtheilung: directe Zahlung, b) Zahlungsmandat, c) Eincassirmandat, d) Cession, e) Anweisung, f) Delegation, g) weitere Begebung, h) Scontration, i) Deckung. — Darin soll sich der Wechsel schließen. Der zweite Theil soll außer dem Wechselrecht, welches eigentlich als eine Unterabtheilung noch zum ersten gehörte, von den Hülfsanstalten und Hülfspersonen des Handels und dabei auch vom Seerecht handeln. — Es ist dieses Buch auf gründliche und umfassende Studien gegründet und zeichnet sich dadurch vor

Digitized by Google

dem ähnlichen Werke sowohl von Bender, als auch von Pöhls aus, welcher letzte Autor offenbar erst bei der Ausarbeitung seines Buches selbst seine Studien gemacht hat. Thöl hat auch die Akten des OAGerichtes zu Lübeck, wie er erzählt, fleißig benutzt, ohne doch in seinem Buche besonders auf die einzelnen Fälle und Urtheile zu verweisen. Seine Vorgänger übertrifft er auch an juristischer Schärfe und Gediegenheit. Ueberall sucht er das gemeine Recht von den Particularrechten zu sondern, und eben so ist die umsichtige und öconomische Benutzung der ausländischen Rechte, die er nicht in einer langen Reihe eben so ermüdender, als wenig nützender Gesetzauszüge giebt, anzuerkennen. Dagegen möchte schon nach obiger Inhaltsübersicht die Anordnung des Stoffes manches Bedenken erregen, wenn sich daraus auch noch nicht entnehmen läßt, daß im dritten Theil, der von den Waaren handeln soll (um so die Trilogie: von Personen, Sachen, und Handlungen, auch hier wiederkehren zu lassen), lediglich von Credit- und Staatspapieren die Rede ist. Daß Verf. sich mit den letzteren anderweitig vorzugsweise beschäftigt hat, wird auch sonst oft in diesem Buche sichtbar. Oftmals scheint der Verf. sich auch in dem Streben, dem Handelsrecht eine feste Grundlage zu geben, zu sehr an das rein römische Recht gehalten zu haben, doch muß dieses einer genauen Prüfung vorbehalten bleiben.

Die Lehre von den Handelsgesellschaften nach französischen Quellen mit Berücksichtigung der gesetzlichen Verfügungen in einigen andern Ländern, namentlich des gemeinen preußischen und östreichischen Rechtes bearbeitet von Aug. Schiebe, Director der öffentl. Handelslehranstalt zu Leipzig. Leipz. b. Fleischer. VIII und 377 S. 8.

ist eine Uebersetzung von **Malepeyre et Jourdain: traité des sociétés commerciales**, mit manchen Abkürzungen, Einschaltungen, Zugaben aus der dahin einschlagenden französischen Literatur, und Notizen aus andern Rechten, besonders dem östreichischen und preußischen Gesetzbuch. Bekanntlich hat der Verf. früher in ähnlicher Weise das Handels- und das Seerecht in besondern Werken nach Pardessus bearbeitet, d. h. auch getreulich übertragen. Der Nutzen dieser Schriften kann nur darin gesucht werden, daß sie die französische handelsrechtliche Literatur zugänglicher machen; zum eigentlichen Unterricht im Handelsrecht, sei es für Kaufleute oder Rechtsgelehrte, können sie nicht dienen, da jene zunächst das deutsche Handelsrecht kennen zu lernen haben, um nicht irre geführt zu werden. — Meno Pöhls in Hamburg, der sich als Autor des einzigen größern, das ganze Handelsrecht umfassenden deutschen Werkes einen geachteten Namen erworben hat, hat als ein zeitgemäßes Thema:

Das Recht der Actiengesellschaft mit besonderer Rücksicht auf Eisenbahngesellschaften. Hamburg b. Hoffmann und Campe. X und 434 S. 8.

Digitized by Google

selbstständig bearbeitet. Der große Umfang dieses Buches erklärt sich daraus, daß etwa 1/3 desselben (von S. 297 an) Abdruck einiger Gesellschafts-Statuten und Gesetze enthält, wodurch der nicht geringe Preis (2 1/2 Thlr.) als ein so höherer erscheinen muß. Man lernt aus demselben das Wesen der Actiengesellschaft, wie es besonders in neuern Statuten derselben, und der darauf bezüglichen neuern Gesetzgebung ausgeprägt ist, kennen, und es fehlt nicht an gesetzpolitischen Kritiken. Wie man aber, wenn ich so sagen darf, eine noch mehr juristische Behandlung, ein schärferes und ausführlicheres Eingehen in die eigentlichen Rechtsfragen, in einem, einem so speciellen Gegenstand gewidmeten Buche, hätte erwarten mögen, dürfte die Vergleichung wie Treitschke einige wichtige Rechtsfragen, Actiengesellschaften betreffend, in dieser Zeitschrift (Bd. 5 S. 324) behandelt hat, zeigen.

Auch in Beziehung auf die Handelsgesetzgebung fängt es sich in Deutschland an zu regen, wie es bereits in der vorjährigen Uebersicht bemerkt worden ist. Ein neues Merkmal ist der

> „Entwurf einer Wechselordnung für das Königr. Sachsen im allerhöchsten Auftrag gefertigt von Dr. Carl Einert, königl. sächs. Geh. Justizrath. Dresden. Arnoldsche Buchhandl. XIX und 65 S. 4.

Es ist dieses ein Versuch, die Grundsätze, die der Verf. in seinem Wechselrecht nach den Bedürfnissen des 19. Jahrh. (1839), wovon wir eine sehr beachtenswerthe ausführliche, auch in diesem Entwurfe berücksichtigte Kritik von Treitschke (Krit. Jahrb. f. deutsche Rechtsw.) erhalten haben, in ihrer praktischen Anwendung auf die Gesetzgebung darzustellen, so daß die in jenem Werke enthaltenen Abhandlungen als Vorläufer und Commentar zu dem Entwurf zu betrachten sind. Es ist dieser letztere, welcher noch als eine Privatarbeit anzusehen ist, mit Autorisation der Regierung veröffentlicht: um auch Stimmen urtheilsfähiger Männer aus dem Handels- und Gelehrtenstande des Auslandes zu vernehmen; erst nach deren Eingang soll der Entwurf der Ständeversammlung vorgelegt werden. — Schließlich möge, da es von einem geschichtlichen allgemeinen Interesse ist, noch erwähnt werden:

> Programm zur Einweihung der neuen Börse in Hamburg den 2. Dec. 1841: „Die alte Börse, ihre Gründer und ihre Vorsteher. Ein Beitrag zur Hamburgischen Handelsgeschichte von Dr. G. H. Kirchenpauer, Protocollist und Bibliothekar der Commerzdeputation. 77 S. 4.

## VI. Staatsrecht.

Zwei allgemeinere Werke nehmen hier zuerst unsere Beachtung in Anspruch:

> Grundsätze des allgemeinen und des constitutionellen, monarchischen Staatsrechts mit Rücksicht auf das gemeingültige Recht in Deutschland, nebst einem kurzen Ab-

riß des deutschen Bundesrechtes und der Grundgesetze des deutschen Bundes als Anhang. Von Dr. Heinr. Zöpfl, Prof. d. Rechte an d. Univ. Heidelberg, Ritter. Heidelberg b. C. F. Winter. XVI und 376 S.

Die Behandlung des Staatsrechts aus einem allgemeinen Standpunkt wird aus nahe liegenden Ursachen immer häufiger. Man fängt sogar an, auf Universität einen Vortrag über europäisches Staatsrecht, worin Gans zuerst vorangegangen, an die Stelle des deutschen Staatsrechtes zu setzen, was mir in eben dem Maaße bedenklich scheint, als es für zweckmäßig erachtet werden möchte, daß neben dem deutschen Staatsrecht ein allgemeines gelehrt wird, und daß der streng historisch-juridischen Darstellung von jenem die Grundlage und das Licht allgemein staatsrechtlicher Begriffe, wie sie die neuere Zeit zur Reife gebracht hat, gegeben werde. — Den Inhalt des vorliegenden Buches bezeichnet der Titel hinlänglich. Es zeichnet sich durch Klarheit, Bestimmtheit und Kürze materiell wie formell aus und es ist dies um so mehr anzuerkennen, als es uns so sehr an Büchern fehlt, welche die Eigenschaften, Zuschnitt und das Maaß eines Lehrbuches haben. Der Verf. erklärt in der Vorrede, wie er sich nur auf dem Boden des Rechtes, nicht der Politik bewegen wolle (was freilich in einer Zeit der Entwicklung wie die unsrige leichter vorgesetzt, als durchgeführt ist), und wie er von der — (gewiß richtigen) — Ansicht ausgegangen, „daß dem allgemein Bestehenden allgemein wirkende Ursachen zu Grunde liegen, daß es sich somit nicht so wohl darum handeln kann, neue Ideen zu erschaffen, als die gegebenen zum Bewußtsein zu bringen und zu entwickeln;" und wie er es sich besonders habe angelegen sein lassen, die Begriffe und das Wesen von Souverainität und Legitimität einer genauen Untersuchung zu unterwerfen, und die Verhältnisse einer repräsentativen Monarchie, welche auf dem System der Theilung der Gewalten beruht, möglichst scharf von einer Staatsform zu unterscheiden, in welcher die Repräsentation nur als eine Schranke gegen den Mißbrauch der in den Händen der Monarchie ungetheilt verbleibenden Staatsgewalt erscheint." Es ist hierin zugleich ein Hauptgesichtspunkt, der in dem Buche vorherrscht, angedeutet, mit dem ich mich nicht wohl einverstanden erklären kann, denn wenn gleich die Wahrnehmung vorhandener oder die Furcht vor künftig möglichen Mißbräuchen das Verlangen nach ständiger Verfassung, wo solche nicht besteht, besonders in Anregung bringen und neu beleben mag, so darf diese Furcht doch nicht als die wesentliche Grundlage derselben angesehen und die Mitwirkung des Volkes bei Ausübung von Rechten der Staatsgewalt nicht auf die bloße Verhinderung von Mißbräuchen zurückgebracht werden. Es ist diese Verhinderung, wo die Stände ihrem Zweck entsprechen, eine Folge, nicht Zweck. Die bezeichnete Theilnahme des Volkes ist selbst ein Recht, — nicht blos ein Mittel zur Bewahrung anderer Rechte, — ein Recht, welches in der

Digitized by Google

Natur germanischer Staatsverfassung überhaupt, wo diese nicht entartet ist, begründet ist; ein Recht, das im M. A. als eine Summe von Privatberechtigungen sich darstellte, jetzt ein öffentliches Recht des Volkes, es möge eine s. g. ständische oder repräsentative Verfassung stattfinden, geworden ist. Durch das Princip des Verf. wird die Theilnahme des Volkes an der Ausübung der Rechte der Staatsgewalt herabgewürdigt, und Mißtrauen als Princip dem Staate unterlegt, während die deutsche Monarchie auf Vertrauen zwischen Volk und König beruhen sollte. Wo Mißtrauen herrscht, hat die ständische Verfassung selbst schon ihre Garantie verloren, entbehrt sie des Segens, den sie bringen soll. Ja, es ließe sich behaupten, daß die Idee, die Stände sollen Mißbrauch der höchsten Gewalt verhindern, eben ein Ausfluß der Idee der Volkssouverainität, des Gedankens der delegirten Gewalt sei, welche der Verf. umgehen wollte. Indem an den Bundesgesetzen dem Volke ein solches Recht der Theilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt zugesichert ist, lag der Gedanke, daß die Gewalt der Monarchie einer Ueberwachung bedürfe, wohl fern.

Mehr eine historisch-dogmatische Darstellung des deutschen Staatsrechts, ohne daß dadurch auf eine philosophische Grundlage verzichtet werden sollte, indem der Verf. die Vereinigung der praktischen mit der philosophischen und historischen Methode als die ächt wissenschaftliche Behandlung des Staatsrechts erklärt, hat sich zur Aufgabe gestellt das

deutsche Staats- Bundesrecht von Dr. H. A. Zachariä, Prof. der R. zu Göttingen. Erste Abtheilung. Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten. Göttingen b. Vandenhoeck und Ruprecht. VIII und 453 S. 8.

Die Form des Buches, welches der Verf. zunächst bestimmt hat, zur Grundlage bei Vorlesungen zu dienen, — schon die Ausdehnung desselben zu zwei ansehnlichen Bänden erregt Bedenken, — ist eine eigenthümliche, indem der Verf. nicht, wie es bei Lehrbüchern gewöhnlich der Fall ist, die Hauptsätze der Wissenschaft unter Andeutung der weitern Ausführung, um dem Gedächtniß zu Hülfe zu kommen, weiteres Studium zu erleichtern, entwickelt und den innern Zusammenhang der Disciplin klar vor Augen zu stellen sucht, sondern dieses dem mündlichen Vortrag überläßt, dagegen die Beweisführung mit quellenmäßigen Belegen und literarischen Nachweisungen, die Erörterung s. g. Controversen den Zuhörern in die Hände giebt. Man wird dadurch an das Pandekten-Lehrbuch von v. Wangerow erinnert. Gewiß ist aber nicht nur die Hoffnung des Verf., „daß sein Buch seiner innern Beschaffenheit nach und vermöge des darin niedergelegten Materials auch außerhalb des Kreises, für welchen es zunächst bestimmt ist, auf eine gewisse Brauchbarkeit werde Anspruch machen können," sehr begründet, sondern es wird von Allen, die dem Staatsrecht ihre Theilnahme zuwenden, und sorgsamen Fleiß, ruhiges Urtheil, Unabhängigkeit der Gesinnung

Digitized by Google

und würdigen Freimuth — die der Verf. unter doppelt schwierigen Verhältnissen an den Tag legt — zu schätzen wissen, als eine dankenswerthe Gabe und Bereicherung der publicistischen Literatur begrüßt werden!

Ein Büchlein, auf welches um so mehr als eine höchst interessante und eigenthümliche Erscheinung aufmerksam zu machen ist, als es bei der Anonymität und dem unscheinbaren Gewande vielleicht der Beachtung entgehen könnte, ist:

Die Lehre von den Landständen nach gemeinem deutschen Staatsrechte. Ein publicistischer Versuch von F. A. Lemgo Meyersche Hofbuchhandlung. XII u. 135 S. 8.

Um das Interesse für diese Schrift, deren Verf. eben so bescheiden als gewichtig auftritt, zu erregen, will ich nur bemerken, daß er, nach einer verhältnißmäßig ausführlichen Entwicklung des Ursprunges und Wesens der ältern Landstände zu den heutigen übergehend, nachzuweisen sucht, wie sie auf der Idee der Volkssouveränität, die aber nicht erst in neuerer Zeit aufgekommen, sondern seit Jahrhunderten sich entwickelt und festgesetzt hat, — wenn auch als eine politische Verirrung, denn diese zu untersuchen ist nicht seine Aufgabe, aber als eine zum Recht gewordene Thatsache, — beruhen. „Wir sind unseres Theils keinen Augenblick zweifelhaft — sagt er S. 87 — daß der Wille des 13. Art. d. B. A. auf repräsentative, nicht auf die alten Landstände geht," der Verf. geht dann zur Auseinandersetzung der innern und äußern Gründe, die dies angeben, über. Dieses wie alles Uebrige muß dem Leser überlassen werden. —

Ein brauchbares Buch, bei welchem uns die vollständige Angabe des Titels jeder weitern Bemerkung überhebt, da in eine Beurtheilung des Einzelnen hier nicht eingegangen werden kann, ist:

Die deutschen Auswanderungs-, Freizügigkeits- und Heimathsverhältnisse. Eine vergleichende Darstellung der darüber in den deutschen Bundesstaaten, besonders in Oesterreich, Preussen und Sachsen bestehenden Verträge, Gesetze, Verordnungen, zugleich mit literarischen Nachweisungen und Bemerkungen über Gesetzgebungs-Politik. Zur Selbstbelehrung für deutsche und ausländische Staatsbürger jeden Standes von Alexander Müller, Großherzogl. Sachsen-Weimarschem Reg.- R. Leipzig b. A. Wienbrack. XXIV u. 345 S. 8.

Aus unsrer Zeitschrift ist hier aber zu verweisen auf Laspeyres Erörterung über die staatsrechtliche Stellung der ehemaligen Reichsritterschaft zur Landesverfassung, und auf zwei Abhandlungen, welche wichtige Fragen der Gerichtsorganisation und Rechtspflege betreffen, nämlich Emminghaus zur Würdigung des deutschen drei Instanzen-Systems Bd. 5 S. 90 ff. und Reyscher über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege u. s. w. Bd. 6 S. 335 ff.

Ueber die „Grundsätze des preussischen Staatsrechtes" von Wilh. Ostermann. Dortmund b. Krüger

Digitized by Google

etwas Näheres zu berichten, muß ich mir bis zur künftigen Uebersicht vorbehalten.

Von E. Moy's „Lehrbuch des bairischen Staatsrechts" ist die zweite Abtheilung des ersten Bandes Buch 2, 3, 4 enthaltend. (Regensburg b. Manz X u. 213 S.) erschienen, welche handeln von den allgemeinen Rechten aller Baiern, von den Districtsversammlungen, dem Landrath, und der Gewähr der Verfassung.

Als eine Reliquie eines Verstorbenen, dessen kraftvolle und eigenthümliche Persönlichkeit von dem schwer dahinrollenden Rad der Zeitläufte zertrümmert wurde, — ein Denkmal seiner Gesinnung und seines Wirkens, bedeutend zugleich für die Entwicklung des deutschen Staatsrechts überhaupt, wie insbesondere für die eigenthümlichen Verhältnisse des Landes, für welches es, bei dessen zweifachem Kampf für Bewahrung deutscher Volksthümlichkeit und politischer Freiheit, bestimmt ist, ist hier zu nennen:

Die Unions-Verfassung Dänemarks und Schleswig-Holstein's; eine geschichtlich staatsrechtliche und politische Erörterung von Uwe Lornsen. Nach des Verfassers Tode herausgegeben von Georg Beseler. Jena b. Friedrich Frommann. XIII u. 524 S. 8.

Auf dem Boden eines ähnlichen Kampfes erwachsen und ernste Betrachtung erregend über die politischen Geschicke mancher Völker sind:

Die Livländischen Landesprivilegien und deren Confirmation. Lpz. b. Otto Wigand. 158 S. 8.

worin erzählt wird, wie diese Rechte eines deutschen Volksstammes entstanden, und von Landes- und Schutzgenossen, von Herren des Landes: von Polen, Schweden, Russen erschüttert, untergraben, vernichtet, wiederaufgerichtet sind. Kaiser Alexander und Nikolaus haben die Landesprivilegien wie ihre Vorfahren bestätigt — sofern dieselben in Uebereinstimmung sind mit den allgemeinen Einrichtungen und Gesetzen unseres Reiches. Frühern Bestätigungen war diese unschuldige Klausel fremd. In Verbindung damit als historische Urkunde, steht:

der Landtag zu Wenden 1692. Nach dem Orginalconcept Patkuls. Lpz. b. Otto Wigand. 72 S. 8.

Den im J. 1828 erschienenen „Versuch einer geordneten Zusammenstellung kurzer Nachweisungen über sämmtliche Hamburgische Staatsverwaltungsbehörden" hat der Verf., der sich auch durch die Herausgabe von Gries Commentar über die Hamburgischen Statuten verdient gemacht hat, zu einem neuen Werke erweitert, welches zu jenem in das Verhältniß eines Handbuchs zu einem Compendium treten sollte u. d. Titel:

Hamburgs Verfassung und Verwaltung in ihrer allmähligen Entwicklung bis auf die neuste Zeit dargestellt von N. A. Westphalen Dr. Hamburg b. Perthes Besser u. Mauke. Erster Bd. XXII u. 480 S. Zweiter Bd. VI u. 446 S. 8.

Digitized by Google

Indem der Verf. von dem Geſichtspunkt ausgeht, „daß ohne ein ſtetes Zurückgehen auf die Urfrage des Hamburgiſchen Staatslebens die innere Organiſation und Bedeutung kaum eines ſeiner öffentlichen Inſtitute aufgefaßt werden könne,“ hat er ein nicht nur für ſeine Mitbürger belehrendes und brauchbares, ſondern auch im weitern Kreiſe Beachtung verdienendes Werk geliefert. Ich werde über das, was ſeit einiger Zeit für Kenntniß der Hamburgiſchen Rechte, Verfaſſung, Geſchichte geſchehen iſt und geſchieht, a. a. O. ausführlich berichten.

In Beziehung auf das Staats-Kirchenrecht, welches wir in den Kreis unſerer Zeitſchrift gezogen haben, muß die Aufmerkſamkeit in dieſer Ueberſicht auf die Bearbeitung des ganzen Kirchenrechts hingeleitet werden, und dann zunächſt auf das

Lehrbuch des katholiſchen und evangeliſchen Kirchenrechts mit beſonderer Rückſicht auf deutſche Zuſtände v. Dr. L. Richter o. Prof. zu Marburg, Leipzig b. B. Tauchnitz jun.,

wovon, indem ich dieſes ſchreibe, mir noch erſt die erſte Abtheilung der allgemeinen Lehren, die Quellen des Kirchenrechts, die Verfaſſung der katholiſchen Kirche vorliegt. Die Vorrede, aus welcher erſt entnommen werden kann, aus welchem Geſichtspunkt der Verf. ſelbſt ſein Werk — das wir als eine Bereicherung der Wiſſenſchaft für alle die, welche mit den anderweitigen Leiſtungen des Verf. bekannt ſind, nicht erſt zu bezeichnen brauchen — betrachtet wiſſen will, ſoll mit der zweiten Abtheilung folgen. Was uns beſonders nahe liegt, die Verfaſſung unſerer eigenen Kirche und die Stellung derſelben zum Staat, hat der Verf. in einer Abhandlung im vorigen Jahrgang dieſer Zeitſchrift erörtert. —

Schon im vorjährigen Bericht iſt ganz kurz genannt worden:

Handbuch des gemeinen und Preuſſiſchen Kirchen- und Eherechts der Katholiken und Evangeliſchen v. Dr. L. Gitzler Privatdocenten z. Breslau. Erſte Abtheilung: das Kirchenrecht. Breslau b. H. Richter 1841. XXII 532 S. Zweite Abtheilung: das Eherecht. 1840. XIII. 214 S.

Es war aber damals erſt das Eherecht erſchienen. „Die Intelligenz,“ ſagt der Verf. in der Vorrede, „welche immer aus der Kirche hervorging, hat ſeit der Reformation im Staate ſelbſt ihre Hauptſtütze erhalten. Daher reicht aber auch im Verhältniß zu der frühern Zeit die Wirkſamkeit des Staates zumal in der Gegenwart, viel weiter, und der Staat kann jetzt Rechte in Anſpruch nehmen, welche man früher der Kirche ſehr bereitwillig zugeſtand. Dadurch iſt es geſchehen, daß man den Staat, wenn man bei der Geſchichte der Vergangenheit ſtehen blieb, als einen natürlichen Feind der Kirche betrachtete, als ging er darauf aus, dieſe in ihrer Wirkſamkeit zu hindern. Dieſe Feindſchaft gegen den Staat mußte um ſo viel weiter gehen, als er nicht ſelten auf die Auffaſſung der ſocialen Zuſtände in der neuern Philoſophie einging und die Kompetenz der Kirchengewalt beſchränkte. Dazu kam noch, daß man zu Ende des v. Jahrhunderts für alle Verhältniſſe

Digitized by Google

des geſammten Rechtslebens ſelbſt in der Kirche Vorſchriften in den Geſetzbüchern feſtzuſtellen anfing, in welchen der nöthige Unterſchied und Gegenſatz zwiſchen der katholiſchen und lutheriſchen und reformirten Lehre und Auffaſſung derſelben nicht immer feſtgehalten wurde. Deshalb wollte man ſich auf der einen Seite mit der Territorialgeſetzgebung, ſo weit ſie kirchliche Verhältniſſe betraf, nicht befreunden, und auf der andern nichts außer dieſer anerkennen und gelten laſſen. Das richtige Verhältniß der frühern gemeinen Rechte zu dem Territorialkirchenrechte kann man aber nur aus einer genauen und durchgreifenden Vergleichung kennen lernen. Dieſes Verhältniß zu begründen entſchloß ich mich, ein Handbuch des gemeinen und Preuſſiſchen Kirchen= und Eherechts zu veröffentlichen." Weiterhin heißt es noch: „die Vorgänge der Kirche, wie ſie oben geſchildert worden, laſſen es nicht mehr zu, daß man ſich mit einer blos dogmatiſchen oder hiſtoriſchen Darſtellung des Kirchenrechts begnügt, vielmehr muß ſich mit der hiſtoriſchen Methode auch weſentlich die philoſophiſche vereinigen und beide müſſen die Dogmatik unterſtützen, da es ja auch Aufgabe der Wiſſenſchaft iſt, die verſchiedenen Gegenſätze und Widerſprüche im Leben zu vereinigen." Daraus ergiebt ſich der Standpunkt, und das Streben des Verfaſſers, welche um ſo mehr zu beachten ſind, als er der katholiſchen Kirche angehört. Auſſer Anerkennung derſelben kann man ihm das Zeugniß nicht verweigern, mit großem Fleiß ein reiches Material zuſammengebracht zu haben.

Eine kleine Schrift „das Placetum regium", eine Abhandlung von Joh. Ehrſam Pfarrhelfer zu Hitzkirch. Luzern b. Jenni 82 S. 8, iſt mir nur dem Namen nach bekannt geworden. — Und ſo bleibt nur noch über, des Aufſatzes von Bluntſchli in dieſem Band der Zeitſchrift (S. 166): „Zur Geſchichte der reformirten Kirchenverfaſſung" zu erwähnen, und die von Michelſen verfaßte Jubelſchrift der Univerſität Kiel für Claus Harms „Entſtehung und Begründung der Predigerwahl in Schleswig=Holſtein als proteſtantiſcher Norm. Kiel b. Mohr. 24 S. 8.

---

Digitized by Google

# Verbesserungen.

Leider müssen wir dieses Mal ein arges Verzeichniß von Druckfehlern zu den beiden ersten Abhandlungen dieser Zeitschrift bringen. Sie sind dadurch entstanden, daß, während der Druck in Tübingen stattfand, Prof. Reyscher einen Theil des Winters in Stuttgart krank lag und an der Revision verhindert war. Können aber auch dadurch nur theilweise entschuldigt werden.

S. 2. Z. 21. galt statt gilt.
„ 2. Z. 22. Rechtsreform st. Rechtsform.
„ — Note 1. Z. 5. Cocceji's st. Coceji's.
„ 4. Note 4. Z. 4. 1835 st. 1831.
„ 11. Z. 12. Buch I. st. Bd. I.
„ 17. Z. 3 v. u. Züllichau st. Zillichau.
„ — Note 33. Z. 4. ane st. ann.
„ 19. Z. 9. hiernach st. hier.
„ 22. Note 37 l. Z. richtige st. wichtige.
„ 24. Z. 10. 1538 st. 1138.
„ 25. Z. 2. den st. dem.
„ 26. Note 42. Z. 1. histor. st. hofm.
„ — Z. 5 v. u. in wichtigeren st. wichtigeren.
„ 27. Z. 2. Einwendung st. Einwendungen.
„ — Note 43. Z. 12 u. S. 28. Z. 10. Neum. st. neuen.
„ 28. Z. 5 u. S. 29. Note 50. Tangermünde st. Tragermünde.
„ 29. Z. 1 v. u. Rathsbücher st. Rechtsbücher.
„ 30 Z. 8 u. Note 55. Einlager st. Einlegen.
„ — Note 53. Z. 3. indentatae st. intendatae.
„ 31. Note 56. Z. 1. inseriren st. inferiren.
„ 33. Note 61. Z. 7. wichtig st. richtig.
„ 34. Z. 7 v. u. schon st. sehr.
„ 35. Z. 7. i. e. S. st. u. a. S.
„ 35 u. 36 gehört Note 65 zu No. 66, und Note 66 zu No. 65.
„ — Note 66. Z. 1. 56 st. 31.
„ — Note 66. Z. 2. manche st. durch.
„ 37. Z. 5. versehen st. ersehen.
„ 39. Note 74. Z. 1. verführet st. versühnet.

S. 40. Z. 14. woll st. voll.
„ — Z. 18. anderweitige st. Anderweitiges.
„ — Z. 24. ungefehrlich st. ungefahrlich.
„ — Note 77. Tit. 37 st. Tit. 27.
„ 41. Z. 5. galten st. gelten.
„ 42. Z. 8. wird st. würde.
„ 44. Z. 3. 17 st. 16.
„ — Z. 9. durch st. auch.
„ 45. Note 93. Z. 2 v. u. nur st. nun.
„ 47. Z. 7. Form st. Obern.
„ 49. Note 103. modo st. nodo.
„ — Note 104. Z. 4. demselben st. derselben.
„ 50. Note 105. Z. 1. erlangen st. verlangen.
„ 51. Note 108. Z. 4 v. u. Lehngutt st. ehngutt.
„ 52. Note 109. Z. 3. Weichbild st. CM. bei.
„ — Note 109. Z. 8. jeder st. jeden.
„ 53. Z. 2 v. u. ist hinter Hafer und Thaler ein Comma zu setzen.
„ — Note 111. Z. 1. ist wo zu streichen.
„ 54. Z. 9. desgl. auf.
„ — Z. 12. consentirter st. constatirter.
„ 56. Z. 3. Frauen st. Freien.
„ 57. Z. 5. um für st. nur sei.
„ 58. Z. 4. Art st. Ort.
„ — Note 123. Z. 4. wären st. waren.
„ 61. Note 126. Z. 3. den Reversen st. dem Reverse.
„ — Note 126. Z. 6. jeden st. jeder.
„ 62. Z. 4. anderen st. andere.
„ — Note 128. Annahme st. Ausnahme.
„ 63. Z. 4. Canzleramt st. Canzleiamt.
„ 64. Note 132. Z. 4. das st. da.

Digitized by Google

S. 67. Z. 10. 1620 st. 1621.
„ 70. Note 149. Z. 7. gestallten st. gestellte.
„ 72. Z. 21 u. S. 73. Note 104. Augusteischen st. Augustinischen.
„ 73. Note 175. Eine st. freie.
„ 74. Z. 4. welche er st. welche.
„ 76. Z. 6 v. u. Hallische st. Haller.
„ 77. Note 161. 1713 st. 1703.
„ 78. Note 165. zum Broich st. z. Brosch.
„ 83. Note 179. nach der alten Leyer st. nach den alten Legen.
„ 85. Z. 2. wo durch st. wodurch.
„ 87. Z. 19. dürfte st. durfte.
„ — Z. 23. hat st. habe.
„ 88. Z. 5. Verbeßerung st. Verbesserung.
„ — Z. 9. resolviret st. resolviret.
„ 90. Note f. 1652 st. 1632.
„ 91. Z. 2, 92. Z. 11 u. 17, 94. Z. 9, 95. Z. 23. bey st. bei.
„ — Z. 9. daßelbe st. daßelben.
„ — Z. 14. Consultorum st. consultorum.
„ — Z. 15. Beschaffenheit st. Beschaffenheit.
„ — Z. 17. alle st. alte, und Interdicta st. Interdicta.
„ — Z. 25. vorgekommener st. vorgekommenen.
„ — Z. 28. einen st. einem.
„ 92. Z. 6. Uhrsprung st. Ursprung.
„ — weiln st. weilen.
„ — Z. 27 u. 31. dieselbe st. dieselben.
„ — Z. 36. Constitutionen st. Constitutionen.
„ 93. Z. 2. Brunneman st. Brunnemann, und Rhez st. Rhez.
„ 95. Z. 3. Vernunfft st. Vernunft.
„ — Z. 8. bekanten st. bekannten.

S. 95 Z. 13. revidiren st. revidiren.
„ — Note q. Z. 9. verwaltet st. erhielt.
„ 96. Z. 2. reflectiret st. reflectiret.
„ — Z. 5. Aufffätze st. Aufsätze.
„ — Z. 5. alß st. als.
„ 110. Z. 8. Inhalts st. Gehalts.
„ 112. Z. 21. nun st. nur.
„ — Z. 22. an st. in.
„ 113. Z. 5. gewonnen st. genommen.
„ — Z. 5 v. u. éminens st. eminens.
„ — Z. 4 v. u. souveraineté st. souverainete.
„ 116. Z. 9. aber st. eben.
„ 118. Z. 1 v. u. der st. den.
„ 121. Z. 16. Reichs-Angehörigen st. Rechts-Angehörigen.
„ 123. Z. 4. ganerbschaftlichen st. gewerbschaftlichen.
„ 126. Z. 7 v. u. aber st. eben.
„ 127. Z. 8. legislatorischen st. legislatorischer.
„ — Z. 9. zugesicherten st. zugesicherte.
„ 128. Z. 2 v. u. könne st. können.
„ 129. Z. 3. dies st. darauf.
„ 130. Z. 14. ist hinter Maaßen das Comma zu streichen.
„ 131. Z. 1 v. u. bundesgesetzlichen st. landesgesetzlichen.
„ 132. Z. 21. vielmehr st. daher.
„ 142. Z. 21 ist auch zu streichen.
„ 159. Z. 1. wurden st. würden.
„ 161. Z. 8. da st. die.
„ 272. in d. N. zu C. 285: nach Seeberg, 148b Lasb.
„ 273. Z. 21 v. o. Schwestern Agnes st. Schwester, Agnes u. Anna.
„ 280. Note 44. Art. 148b st. Art. 848.
„ 312. Z. 6 v. o. als auch st. und.
„ 329. Note 129. Anwärtern st. Anwärten.
„ 365. Note 39. Z. 12 v. u. bilden st. bildeten.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HALL USE

JUL 24 1975



Digitized by Google


Widener Library
3 2044 098 663 909